Der entgangene Gewinn.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Friedrich-Franz Lerche
Gerichtsreferendar in Bartenstein, Ostpreußen

Breslau 1930

„Quader" Druckerei und Verlagsanstalt G.m.b.H. Breslau 1, Herrenstr. 19

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.
Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0114

Inhalt.

I. Teil.

Seite:

Entgangener Gewinn als Teil des Schadens 9

1. Abschnitt: Rechtsbeziehungen zwischen entgangenem Gewinn und Schaden 9

a) Schaden und Schadensersatz im allgemeinen . . . 10

b) Der Grundsatz der Naturalrestitution 11

c) Der Kausalzusammenhang 12

d) Geltung des Kausalzusammenhangs für den entgangenen Gewinn 16

2. Abschnitt: Entgangener Gewinn als Folge des Grundsatzes der Naturalrestitution 17

II. Teil.

Der Begriff des entgangenen Gewinns 20

1. Abschnitt: Geschichtliche Entwicklung 20

2. Abschnitt: Entstehungsgeschichte des § 252 BGB . . 23

3. Abschnitt: Der Begriff des geltenden Rechts 24

a) Materiell rechtliche Auffassung 26

b) Die Theorie der Beweiserleichterung 29

c) Eigene Auffassung 30

4. Abschnitt: Der Zeitpunkt für die Berechnung des Ersatzes 39

III. Teil.

Folgerungen aus dem Begriff für den Gewinnersatz . . . 40

1. Abschnitt: Mitwirkendes Verschulden und Vorteilsausgleichung beim entgangenen Gewinn 40

2. Abschnitt: Umfang des Ersatzes 43

Literaturverzeichnis.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten, II. Bd., 7. Aufl. Stuttgart 1870.

Baron: Pandekten, 9. Aufl. Leipzig 1896.

Corpus iuris civilis: Ausgabe von Mommsen-Krüger, 15. Aufl. Berlin 1928.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. Jena 1922.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, II. Bd. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. Halle 1909.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd., 1. und 2. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9.—11. Aufl. Marburg 1914.

— dto. II. Bd., 31.—35. Aufl. Marburg 1930.

Entscheidungen des Reichsgerichts (abgek. RG.).

Fischer: Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1903.

Fromherz: Ein Beitrag zur Lehre von der Verursachung vom Standpunkt der deutschen Rechtsprechung. Im „Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 110, S. 23 ff.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1906.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Reichsgerichtsräten (zitiert RGRKom.), 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.

v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des B.G.B. I. Bd. München und Leipzig 1929.

v. Madai: Die Lehre von der mora, Halle 1837.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. Berlin 1910.

Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abt.: Zur Lehre vom Interesse, Braunschweig 1855.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin und Leipzig 1888.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd. 5. Aufl. Berlin 1928.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. und 2. Aufl. Berlin 1900.

— dto. 4. Aufl. Berlin 1914.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.

Puchta: Pandekten, 12. Aufl. Leipzig 1877.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan-Falkmann (zit. OLG.).

Rüggeberg: Der Ersatz des entgangenen Gewinns. Jur. Diss. Marburg 1928.

Rümelin: Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht. Im „Archiv für die zivilistische Praxis". Bd. 90, S. 171 ff.

Sohm: Institutionen, 17. Aufl. München und Leipzig 1923.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl. Stuttgart 1929.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. München und Berlin 1930.

Stöhr: Der Ersatz des entgangenen Gewinns nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jur. Diss. Marburg 1899.

Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, III. Bd. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.

v. Wächter: Pandekten, 2. Bd. Leipzig 1881.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. Tübingen 1930.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Bd., 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

I. Teil.

Entgangener Gewinn als Teil des Schadens.

Die Darstellung der Lehre vom entgangenen Gewinn bildet einen Teil der Lehre vom Schaden und Schadensersatz. Zur Erkenntnis der für dieses Gebiet wesentlichen Zusammenhänge bedarf ihre Behandlung daher begrifflich auch der Erörterung von Fragen, die Rechtsbeziehungen nicht nur zum entgangenen Gewinn, sondern auch darüber hinaus solche zum Schaden und Schadensersatz zum Gegenstand haben. Denn entgangener Gewinn ist ein Teil des Schadens selbst, der freilich infolge seiner abstrakten Natur besondere Bestimmungen erheischt und besondere Rechtsbeziehungen auslöst, aber andrerseits vermöge seiner Eigenschaft als Teil eines Ganzen, als Teil eines Begriffs von größter Bedeutung in der gesamten Rechtswissenschaft, den gleichen Rechtsnormen unterliegt, wie sie für diesen gelten. Es ist daher notwendig, den entgangenen Gewinn nicht nur als einzelnen Begriff, sonden auch in seinen Beziehungen zu dem ihm übergeordneten Begriff des Schadens einer Betrachtung zu würdigen und ebenfalls die für den Schaden erheblichen Rechtsnormen hinsichtlich ihrer Reaktion auf den entgangenen Gewinn zu untersuchen.

Im Hinblick auf die verschiedenen Auffassungen von dem Umfang des Begriffs des entgangenen Gewinns erscheint eine etwas ausführlichere Stellungnahme zu den Kardinalfragen der Lehre vom Schadensersatz tunlich, zumal sie die Grundlage bilden für alle weiteren Fragen, die den entgangenen Gewinn mittelbar und unmittelbar berühren.

1. Abschnitt: Rechtsbeziehungen zwischen entgangenem Gewinn und Schaden.

Der Grundsatz der allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz im bürgerlichen Recht besteht darin, daß der Ersatzpflichtige denjenigen Zustand wiederherzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Wer durch eine Handlung einem anderen einen Schaden zufügt, so daß dieser einen Nachteil an einem Gute erleidet, hat in erster Linie die Verpflichtung, den Zustand wieder zu schaffen, wie er ohne das schädigende Ereignis gewesen wäre, und den in seinem Gute Verletzten in die Lage zu versetzen, in der er sich ohne die

durch die schädigende Handlung erfolgte Beeinträchtigung befunden haben würde. Dieses im § 249 BGB. ausgesprochene Prinzip der Naturalrestitution bezeichnet einmal, in welcher Weise der Schaden zu ersetzen ist; es bezeichnet aber auch gleichzeitig die Grenzen und den Umfang der Schadensersatzpflicht, die den für den Schaden Verantwortlichen trifft. Die Ersatzpflicht erstreckt sich auf den verursachten Schaden, sie umfaßt die Haftung für den Nachteil, der dem Verletzten durch die schädigende Handlung des Ersatzpflichtigen entstanden ist. Die letztgenannte Eigenschaft des § 249 ist, sowohl allgemein als auch insbesondere für die folgenden Erörterungen, ungleich wichtiger als die erste.

a) Schaden und Schadensersatz im allgemeinen.

Schaden im Rechtssinne ist eine Beeinträchtigung, eine Einbuße, die man an einem Gute erleidet. Unter einem solchen Gut ist nicht nur gerade das Vermögen zu verstehen, sondern es fallen alle Rechtsgüter unter diesen Begriff. Das gemeine Recht verstand unter Schaden allerdings grundsätzlich den Vermögensschaden, aber das Bürgerliche Gesetzbuch sieht diesen nur als Unterbegriff an, der gleichbedeutend ist mit einer Einbuße an anderen Rechtsgütern.[1]) Indessen kennt auch das Bürgerliche Gesetzbuch eine Scheidung zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden, was sich aus dem Wortlaut des § 253 BGB. schließen läßt. Unter Berücksichtigung des § 251, der eine Entschädigung in Geld durch den Ersatzpflichtigen zuläßt, wenn eine Naturalrestitution nicht möglich ist, also einen Ersatz für diese vorschreibt, muß man im § 253 eine Einschränkung der Ersatzart sehen, was wiederum zur Folge hat, daß auch der Umfang der Ersatzpflicht stärker beschränkt ist. Indessen kommt als Schaden, um dessen Ersatz es sich im bürgerlichen Recht handelt, in erster Linie der Vermögensschaden in Betracht; er ist die Einbuße, die jemand durch ein bestimmtes Ereignis an seinem Vermögen erleidet.

In vielen Fällen einer schädigenden Handlung besteht der Schaden nicht nur in einer Verletzung oder Beeinträchtigung des unmittelbar betroffenen Rechtsgutes, sondern es werden durch die Tatsache der Verletzung oder Beeinträchtigung weitere Folgen und Wirkungen ausgelöst. Eine dieser Folgen, den entgangenen Gewinn, hebt das Gesetz im § 252 BGB. ausdrücklich hervor. Die den Nachteil hervorrufende schädigende Handlung kann die Wirkung haben, daß das geschädigte Rechtsgut, hier das vorhandene Vermögen, verringert wird; sie kann aber auch zur Folge haben, daß durch die Beeinträchtigung die Möglichkeit der Vergrößerung des Vermögens ausgeschlossen oder gemindert wird. Der Nachteil kann also darin bestehen, daß ein schon vorhandenes Gut verloren wird, und darin, daß der Erwerb eines anderen

[1]) Vgl. dazu Fischer S. 3 f.

verhindert wird[2]), oder, negativ ausgedrückt, in einer Einbuße dergestalt, daß das Vermögen ohne jene Einwirkung eine Vermehrung seines Bestandes erfahren hätte. In Anlehnung an diese verschiedenartige Wirkung einer Schädigung unterscheidet man herkömmlich zwischen positivem positivem (damnum emergens) und entgangenem Gewinn (lucrum cessans.)[3])

Nach § 252 BGB. umfaßt der Schaden auch den entgangenen Gewinn; er umfaßt also die gesamte Vermögenseinbuße, die in der Unmöglichkeit oder verringerten Möglichkeit besteht, das Vermögen so anzulegen und mit ihm zu arbeiten, wie es im Interesse des Verletzten geschehen wäre, wenn die schädigende Handlung dies nicht verhindert hätte. Der Schaden besteht in der Wertminderung eines Rechtsgutes, des Vermögens. Denn der gegenwärtige Vermögenszustand ist durch die schädliche Einwirkung beeinflußt und deckt sich nicht mit der Vermögenshöhe, die ohne die Einwirkung erreicht worden wäre; dem sich daraus ergebenden Unterschied entspricht der Schaden.[4])

b) Der Grundsatz der Naturalrestitution.

Die Gesetzesbestimmung im § 252 B.G.B. ist letzten Endes ein Ausfluß des Prinzips der Naturalrestitution. Denn nur, wenn auch der entgangene Gewinn ersetzt wird, wird der Zustand hergestellt, der ohne den zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde.[5]) So ergibt sich Satz 1 des § 252 als notwendige Folge des im § 249 ausgesprochenen Grundsatzes des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß die Schadensersatzleistung in der Herstellung jener Vermögenslage besteht, welche ohne den zum Ersatze verpflichtenden Umstand vorhanden wäre, da eben diese Vermögenslage nur dann hergestellt wird, wenn dem Geschädigten nicht bloß die positive Vermögenseinbuße (damnum emergens), sondern auch der entgangene Gewinn (lucrum cessans) erstattet wird. In der Stellung und Formulierung des § 252 Satz 1 liegt eine gesetzliche Anerkennung der Tatsache, daß entgangener Gewinn ein Teil des Schadens ist. Andrerseits stellt das Gesetz mit dem Grundsatz der Naturalrestitution die These auf, daß für jeden Schaden, der die Minderung eines Rechtsgutes herbeiführt, ein möglichst vollkommener Ausgleich zu schaffen ist. Dieser vollkommene Ausgleich kann aber nur dann geschaffen werden, wenn jede Vermögensminderung unter die Ausgleichspflicht fällt. Es würde eine Durchbrechung des Grundsatzes der Naturalrestitution bedeuten, wenn die Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn nicht gesetzlich oder anerkannten Rechtes wäre. Dabei ist zu beachten, daß der Geschädigte durch den Ausgleich wirtschaftlich wieder in die Lage versetzt werden

---

[2]) Leonhard S. 140.
[3]) Ebenso Fischer S. 49.
[4]) Vgl. Kreß S. 287 und Leonhard S. 136 f.
[5]) So auch Staudinger-Werner, Anm. 1 zu § 252.

soll, wie sie ihm ohne das schadenstiftende Ereignis zugute gekommen wäre. Der Ausgleich besteht nicht in einer Identifizierung des herzustellenden Zustandes mit dem Zustande, wie er sich bei normaler Entwicklung der Dinge ergeben hätte; das wäre bei Ersatz eines entgangenen Gewinns unmöglich. Vielmehr bedeutet Ausgleich die Herstellung eines praktisch gleichen und vor allem wirtschaftlich gleichwertigen Zustandes. Wie die Herstellung im einzelnen zu bewirken ist, richtet sich nach der Lage der Dinge und den gegebenen Tatsachen, wofür sich ein allgemeiner Maßstab nicht aufstellen läßt.[6])

c) Der Kausalzusammenhang.

Die Reichweite der Herstellungspflicht und damit der rechtliche Umfang des Schadens ist jedoch von der Frage abhängig, wie weit der Schaden auf die Handlung zurückzuführen ist, durch die er hervorgerufen wurde. Denn die Ersatzpflicht erstreckt sich ja nicht nur auf den Schaden, der das verletzte Rechtsgut unmittelbar betroffen hat, sondern auch auf den Schaden, der eine mittelbare Folge der Vermögensschädigung darstellt. Es muß also ein gewisser Zusammenhang zwischen dem unmittelbaren Schaden und den Folgen, dem mittelbaren Schaden, einerseits und dem schädigenden Ereignis andrerseits bestehen. Die schädigende Handlung muß die Ursache des dadurch hervorgerufenen Schadens einschließlich seiner Folgen sein. Diesen Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem ihn hervorrufenden Ereignis bezeichnet man als Kausalzusammenhang, ein Begriff von größter Bedeutung in der gesamten Rechtswissenschaft.

Zunächst ist die Feststellung von Bedeutung, daß die Frage nach der Ursache streng von der Frage nach Haftung und Verschulden zu trennen ist. Die Pflicht zum Ersatz eines Schadens ergibt sich aus dem Gesetz; sie ist davon abhängig, ob die Schadensursache auf einem Rechtssatz beruht, auf den das Gesetz eine Haftung gründet. Eine Haftung des Ersatzpflichtigen kommt erst in Frage, wenn die Ursache festgestellt ist. Den Schaden kann lediglich die Handlung als solche verursachen. Denn es bleibt auf die Handlung selbst ohne Einfluß, ob sie durch Vorsatz herbeigeführt wurde, so daß der Täter den Erfolg voraussah, oder durch Fahrlässigkeit, wobei der Handelnde bei genügender Vorsicht und Aufmerksamkeit den Erfolg hätte voraussehen können, oder durch Zufall, bei dem sich der eingetretene Erfolg in keiner Weise voraussehen ließ. Das den Schaden verursachende Ereignis ist in jedem Falle in äußerlich vollkommen gleicher Erscheinung vorhanden und führt den Schaden in stets gleicher Weise und in demselben Umfange herbei, unabhängig davon, wie das Verschulden des Handelnden beurteilt wird. Daher kann auch das Verschulden des Täters beim Ersatz des

---

[6]) Vgl. dazu die Ausführungen bei Staudinger-Werner, Anm. 2 zu § 249.

Schadens keine Rolle spielen.[7][8] Von großer Bedeutung ist daher bei der Feststellung des Schadens die Kausalität des zum Ersatz verpflichtenden Ereignisses, insbesondere seine Kausalität hinsichtlich des entgangenen Gewinns als des mittelbaren Schadens. Es erscheint zweckmäßig, die Frage des Kausalzusammenhangs zunächst grundsätzlich kurz zu erörtern.

Gegenüber der tatsächlichen Wirkung ist für die rechtliche Wirkung beim Schadensersatz der Eintritt eines Ereignisses oder Erfolges als solchen davon abhängig, daß der Eintritt sich auf eine bestimmte Ursache zurückführen läßt, die unabhängig von der Art seines Zustandekommens zu bewerten ist. Wenn, wie es meist der Fall sein wird, der Kausalzusammenhang sich unmittelbar herstellen läßt, so werden sich Zweifel, die einer besonderen Klärung bedürfen, kaum ergeben. Dagegen bereitet oft eine Reihe einzelner Ereignisse oder Bedingungen, die einen bestimmten Erfolg bewirken, gewisse Schwierigkeiten für die Feststellung der Ursache, und dies besonders dann, wenn der weitere mittelbare Schaden einer schädlichen Einwirkung, wie es z. B. ein Gewinnverlust ist, festgestellt werden soll.[9] Aus dem Kausalzusammenhang muß dann hervorgehen, wie weit der Erfolg auf eine Ursache zurückzuführen ist.

Zwischen der juristischen Theorie vom Kausalzusammenhang und der rein philosophischen ist hierbei ein gewisser Unterschied zu machen; der philosophische Begriff der Ursache deckt sich nicht ganz mit dem juristischen. Andererseits ist es natürlich unmöglich, daß der Rechtsbegriff der Ursache ein völlig anderer sein kann als der philosophische. Es ist daher schon eine Notwendigkeit, daß der juristische Ursachenbegriff auf den Sprachengebrauch zurückgeht[10], von dem er nicht ohne weiteres abrücken kann; wir können daher den philosophischen Begriff in keinem Fall ignorieren. Nach diesem hat jedes Geschehen eine mehr oder weniger bestimmte Ursache, die den Erfolg zeitigt. Für die streng philosophische Auffassung „darf nur der ganze, den Eintritt des Folgenden herbeiführende Zustand (der Welt) als Ursache gelten. Die verschiedenen einzelnen Bestimmungen aber, welche erst zusammengenommen die Ursache kompletieren und ausmachen, kann man die ursächlichen Momente oder auch die Bedingungen nennen und demnach die Ursache in solche zerlegen.“[11] Damit ist gesagt, „daß als Ursache jedes zeitlich vorausgegangene Ereignis anzusehen ist, durch das eine Bedingung für den Eintritt des späteren Ereignisses gesetzt worden ist, in der Weise, daß

---

[7]) Ebenso Traeger S. 10 ff.

[8]) Anders früher merkwürdigerweise das Preuß. ALR. in den §§ 10 ff., I, 6, wo die Höhe der Schadensersatzpflicht nach dem Grade des Verschuldens abgestuft war.

[9]) Vgl. dazu Kreß S. 298 ff.

[10]) Ähnlich Rümelin S. 178.

[11]) Zitiert nach Schopenhauer aus Staudinger, Vorbem. III vor § 249.

nur gefragt wird, ob dieses auch eingetreten wäre, wenn jenes sich nicht ereignet hätte [12]).“

Dieser streng philosophische Ursachenbegriff, wie er eben ganz kurz skizziert ist, führt, wenn man ihn folgerichtig durchführt, in jedem Fall in die Unendlichkeit, bis in die Entstehungsgeschichte des Weltalls. Seine Brauchbarkeit für eine Spezialwissenschaft wie die juristische ist daher nur bedingt gegeben. Denn die erste und nächstliegende Aufgabe der Rechtswissenschaft [13]) ist es, diejenigen Beziehungen zu suchen, von denen die Rechtsordnung ausgegangen ist, als die Tatbestände, an die juristische Wirkungen anknüpfen, festgelegt wurden. Diese Tätigkeit muß die Rechtswissenschaft durch den gewöhnlichen Grundsatz der Auslegung entwickeln. Hierbei kann sich natürlich ein gewisses Bedürfnis herausstellen, vom Normalbegriff abzuweichen. Denn wenn die Rechtswissenschaft in erster Linie das Ziel verfolgen muß, die Beziehungen der Gesetzesnormen passend zum Ausdruck zu bringen, so wird man ihr auch zugestehen müssen, eine Begriffsbildung abweichend von der im allgemeinen üblichen und von der Philosophie gebrauchten zu gestalten.

Wie wir gesehen haben, besteht nach dem philosophischen Begriff die Ursache aus einer Reihenfolge von Ereignissen, deren jedes eine Bedingung für den Eintritt des späteren Ereignisses setzt. Man kann daher sagen, daß sich die Ursache aus lauter Einzelbedingungen zusammensetzt. „Die Ursache ist die Gesamtheit der Bedingungen eines Erfolges.“ [14]) Wir haben es also dabei mit einem Gesamtursachenbegriff zu tun, dessen Bestandteile eben die Einzelbedingungen bilden, welche die Einzeltatsachen darstellen, die für die Wirkung erheblich sind und in der Kausalkette nicht fehlen dürfen. Sie bilden daher einen notwendigen, unentbehrlichen Bestandteil der logischen Entwicklung des Ursachenbegriffs.

Auch die Rechtswissenschaft kennt den Begriff der Einzelbedingung; es ist die conditio sine qua non, die im Interesse eines logischen Aufbaues des juristischen Ursachenbegriffs nicht hinweggedacht werden kann. Jedoch lassen die einzelnen Bedingungen in ihrer Beziehung zu dem in Frage stehenden verursachten Ereignis Unterschiede erkennen insofern, als sie teils mehr, teils weniger wesentliche Momente in der Kausalitätskette bilden. Allerdings verlassen wir mit dieser Unterscheidung den Boden rein kausaler Betrachtung und lassen in der Untersuchung bereits einen Zweck, der ein bestimmtes Ziel im Auge hat, hervortreten; dies ist jedoch für die Rechtswissenschaft stets dann eine Notwendigkeit, wenn sie zu praktisch greifbaren Ergebnissen gelangen will. Auch hier müssen wir diesen Schritt tun, um einen juristisch brauchbaren Ursachenbegriff zu erhalten, der für

[12]) RGR.Kom., Vorbem. 3 vor § 249.
[13]) So auch Rümelin S. 178.
[14]) Werner bei Staudinger, Vorbem. IV, 1 vor § 249.

die Zwecke des Lebens praktische Rechtsfolgerungen gewährleistet. Wollte man für einen Erfolg alle Bedingungen setzen und als für ihn wesentlich ansehen, so könnte man z. B. niemals zu der für unsere Betrachtung in Frage stehenden Schadensersatzpflicht gelangen. Denn schadensersatzpflichtig ist derjenige, der für einen entstandenen Schaden haftet; haftbar kann aber nur der gemacht werden, der eine wirkliche Ursache und nicht lediglich eine Bedingung dazu gesetzt hat. Nach der philosophischen Auffassung könnte jedoch demnach jeder haften, der irgend eine Bedingung zu dem Erfolg gesetzt hat, mag sie auch noch so entfernt liegen. Eine solche Theorie ist für die Rechtswissenschaft nicht brauchbar, da sie zu keinen praktisch haltbaren Resultaten führen könnte. Eine Unterscheidung in der Art der Bedingungen läßt sich daher nicht umgehen.

Bei jeder einzelnen Handlung ergibt sich hinsichtlich ihrer Ursache ein Standpunkt, von dem aus qualitative Unterschiede zwischen den einzelnen Arten der Bedingungen zu machen sind. Unter diesem Gesichtspunkt scheiden Bedingungen, die für die Beurteilung im Rechtssinn unwesentlich sind, aus; es kommen nur solche Bedingungen in Frage, die für den Zusammenhang wesentlich und für die sich ergebenden Rechtsbeziehungen unentbehrlich sind. Somit ergibt sich, daß der Rechtsbegriff der Ursache weniger umfassend sein kann als der philosophische. Es müssen gewisse Bedingungen genügen, um einen bestimmten Erfolg zu verursachen. Also nicht der Gesamtursachenbegriff kommt für uns in Frage, sondern nur einzelne näher festzustellende Bedingungen können eine Ursache im Rechtssinn bilden. Welche der vielen Einzelbedingungen geeignet ist, eine Ursache im Rechtssinne zu bilden, in welchem Maße und in welchem Zusammenhang sie zu dem Erfolge beigetragen hat, läßt sich in einem allgemein gültigen Satz nicht festlegen, sondern ist Tatfrage. Man muß daher bei dieser Frage einen Maßstab anlegen, wie er dem Zweck einer objektiven Untersuchung am meisten dienlich ist: einen Maßstab der allgemeinen Erfahrung. Allerdings muß das Ereignis eine unentbehrliche Vorbedingung (conditio sine qua non) des Erfolges gewesen sein.[15]) Man wird daher bestrebt sein müssen, eine Bedingung herauszuheben und in ihr eine Ursache κατ' ἐξοχήν zu erblicken, wobei dann die von ihr mitumfaßten und zum Erfolg notwendigen Bedingungen stillschweigend vorauszusetzen sind.

Aus dieser Erwägung heraus hat sich ein Rechtsbegriff gebildet, der allgemein herrschend geworden ist und seine Grundlage aus den Untersuchungen v. Bar's hergeleitet hat; die typische Ausprägung dieser Theorie erfolgte durch v. Kries. Der Begriff der adäquaten Verursachung hat diejenige Auffassung zu eigen, „die als Ursache die dem Erfolg adäquate, d. h. diejenige

[15]) Gleicher Ansicht Leonhard S. 142.

Bedingung ansieht, die eine allgemeine Richtung auf diesen Erfolg hat oder mit der ein gewisser, nicht ganz geringfügiger Grad objektiver Wahrscheinlichkeit d. i. Möglichkeit für den Eintritt eines solchen Erfolges verknüpft ist."[16]) Durch die Theorie der adäquaten Verursachung wird also eine natürliche Regelmäßigkeit ursachlicher Verbindungen in den Vordergrund gestellt und zum Ausgangspunkt weiterer Feststellungen genommen. „Ursache" im Sinne dieser Theorie ist die Bedingung, die, aus der Zahl der Einzelbedingungen einer Gesamtursache herausgehoben, geeignet ist, den Schaden hervorzurufen und an die Rechtsfolgerungen mit dem Ziele der Schadenersatzpflicht anzuknüpfen. Es würde zu weit führen, im Rahmen dieser Arbeit die Lehre vom Kausalzusammenhang eingehender zu erörtern, und so mögen die hier getroffenen Feststellungen für unsere Betrachtung genügen.

d) Geltung des Kausalzusammenhangs für den entgangenen Gewinn.

Nachdem nun der Begriff der Ursache im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhangs geklärt ist, können wir der Frage näher treten, ob dieser Begriff der Verursachung auch für den entgangenen Gewinn zu gelten hat. Die Frage erscheint prima facie überflüssig, da doch der entgangene Gewinn nach gesetzlicher Bestimmung einen Teil des Schadens darstellt, von ihm umfaßt wird. Daß jedoch ein gewisser Unterschied vorhanden ist, zeigt sich schon in der Begriffsbestimmung „positiver" Schaden und entgangener Gewinn. Während im ersten Fall etwas wirklich, positiv Vorhandenes geschädigt wird, trifft der Schaden im anderen Falle etwas augenscheinlich nicht Vorhandenes. So führt auch Traeger[17]) aus, „es wäre die Verursachung eines Nichts", was logisch nicht möglich sei, und es handle sich daher beim entgangenen Gewinn um die Feststellung eines bloß vorgestellten, eines gedachten Erfolges. Diese logische Entwicklung geht m. E. von einer nicht ganz richtigen Voraussetzung aus, daß nämlich der entgangene Gewinn ein Nichts sei. Wie wir aber oben[18]) gesehen haben, bedeutet Schaden (Vermögensschaden) die gesamte durch ihn hervorgerufene Vermögenseinbuße, die Verminderung des Vermögens. Das Vermögen besteht aber nicht nur aus den positiv, objektiv vorhandenen Vermögensstücken, sondern auch aus den Werten und Möglichkeiten, die durch entsprechende Verwertung des Vermögens gewonnen werden und aus ihm hervorgehen. Eine solche Anlage ist aber der Gewinn, wenn er auch durch den Schaden entgangen ist; denn durch das geschädigte Vermögen selbst ist die Möglichkeit, den Gewinn zu erzielen. Somit ist eine Schädigung am entgangenen Gewinn

[16]) Fromherz S. 30.
[17]) a. a. O. S. 253.
[18]) S. 10.

ein Schaden am Vermögen, einem vorhandenen Rechtsgute. Der Schaden am entgangenen Gewinn kann daher doch wohl „verursacht" werden ebenso wie der positive Schaden. Der adäquate Kausalzusammenhang bezieht sich beim entgangenen Gewinn auf die zu treffende Feststellung, es sei anzunehmen, daß der Gewinn ohne das vom Ersatzpflichtigen zu vertretende Ereignis gemacht worden wäre. Wie weit freilich entgangener Gewinn von der Ursache eines Schadens umfaßt wird, ist vom Begriff des entgangenen Gewinns abhängig, der weiter unten zu erörtern sein wird.

Bei der Ursache[19]) handelt es sich „um die Beziehung eines bestimmten Erfolges zu einem bestimmten menschlichen Verhalten". [20]) Wir beschränken uns dabei auf die Beziehungen, die einen Menschen für den Erfolg verantwortlich sein lassen, die feststellen, daß er die Ursache dafür gewesen ist. Daraus folgt, daß die Verantwortlichkeit durch den Nachweis des Kausalzusammenhangs bedingt ist. Die Aufgabe bei der Lösung eines Falles besteht also darin, die Ursache zu finden, auf die eine Schadensersatzpflicht gegründet werden kann. Hieraus geht hervor, wie wichtig die Frage des Kausalzusammenhangs ist. Denn ein Mensch kann naturgemäß nur dafür haftbar gemacht werden, wofür er die Ursache gewesen ist; hat er das den Schaden verursachende Ereignis nicht zu vertreten, so kann ihn auch keine Haftung dafür treffen. Andrerseits kann die den Erfolg herbeiführende Handlung erst dann nach der Schuldseite hin geprüft werden, wenn festgestellt ist, daß sie mit dem Erfolg in ursächlichem Zusammenhang steht. Ohne den Kausalzusammenhang, ohne die Verursachung gibt es daher keine Verantwortlichkeit, keine Haftung und damit keine Schadensersatzpflicht. [21]) Denn erst mit der Verantwortlichkeit für das den Schaden verursachende Ereignis ist die Pflicht zum Schadensersatz gegeben. Wie weit diese Pflicht gegeben ist, ist im Gesetz bestimmt; eine Erörterung der Schadensersatzverpflichtungen ginge jedoch über den Rahmen dieser Arbeit hinaus, und es sei daher der Tatsache mit ihrer Erwähnung Genüge getan. Bemerkenswert scheint jedoch noch die Feststellung, daß dadurch m. E. der juristische Ursachenbegriff dem populären Begriff der Ursache im Sprachgebrauch sehr nahe kommt, da Ursache und Verschulden stets miteinander in Beziehung gebracht werden.

2. Abschnitt: **Entgangener Gewinn als Folge des Grundsatzes der Naturalrestitution.**

Die Vorbedingung für die Behandlung der Rechtsbeziehungen, die sich auf den entgangenen Gewinn erstrecken, ist die

---

[19]) Jetzt stets im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhangs.
[20]) Rümelin S. 201 f.
[21]) Rümelin S. 203.

Schadensersatzpflicht, die wir soeben kurz erläutert haben. Denn nur so weit der verursachte Schaden zu ersetzen ist, löst er überhaupt Rechtsfolgen aus. Diese Terminologie findet im Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung des § 252 Satz 1 ihren Ausdruck:

„Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn."

Wie wir oben [1]) bereits bemerkt haben, ist diese Bestimmung ein Ausfluß des Prinzips der Naturalrestitution, eine notwendige Folgerung des § 249. Dieser Grundsatz muß auch hier wieder im Rahmen dieser Arbeit auf die Herstellung des Vermögenszustandes, wie er sich ohne den Eintritt des zum Ersatz verpflichtenden Umstandes dargestellt haben würde, beschränkt werden. Unter Herstellung des Zustandes kann nun nicht Wiederherstellung, Herstellung eines identischen Zustandes, verstanden werden, sondern es muß dafür Herstellung eines gleichwertigen Zustandes genügen. Dies muß in besonderem Maße für den entgangenen Gewinn gelten; er kann sogar als typisches Beispiel dieser Auslegung angesehen werden. Denn durch Ersatz von entgangenem Gewinn wird ja gerade ein Zustand geschaffen, wie er vorher in Wirklichkeit unstreitig nicht vorhanden gewesen ist; vielmehr entspricht der Zustand nach dem Ersatz des Schadens lediglich der Vermögenslage, wie sie sonst gewesen wäre, es wird also lediglich ein gleichwertiger, in keinem Falle aber ein als identisch anzusprechender Zustand geschaffen. Der Kernpunkt des Grundsatzes ist, den in seinem Vermögen Geschädigten wirtschaftlich wieder in die Lage zu versetzen, in der er sich ohne das Dazwischentreten des schädlichen Ereignisses befunden haben würde. [2]) Daher kann mitunter der Beschädiger die Pflicht haben, etwas zu ersetzen, was vorher noch nicht dagewesen ist, wie etwa entgangener Gewinn. Damit ist wohl dargetan, daß auch theoretisch unter Herstellung nicht eine Identifizierung des Zustandes zu verstehen ist, wie er ohne das schädliche Ereignis gewesen wäre und nach dem geleisteten Ersatz ist [3]), ganz abgesehen davon, daß praktisch die Fälle einer Naturalrestitution die Ausnahme gegenüber der Regel des Ersatzes durch Geldleistungen bilden.

Der Sprachtext des Gesetzes kann daher nicht zu genau genommen werden, vielmehr ist vor allem der vom Gesetz verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Der Zweck ist aber, insbesondere bei Betonung gerade des Vermögensschadens, den Geschädigten wirtschaftlich in die Lage zu versetzen, die ihm durch das Schadens-

---

[1]) S. 10.

[2]) Gleicher Ansicht Planck-Siber, Anm. zu §§ 249 und 252.

[3]) Anderer Meinung Fischer S. 167, der eine Wiederherstellung der wirtschaftlichen Lage für nicht genügend erachtet. Seine Ansicht dürfte indessen durch das Gesagte widerlegt sein.

ereignis vorenthalten ist. Diese Auslegung findet auch noch eine besonders starke Stütze in der Gesetzesvorschrift, daß der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfaßt. Denn dieser ist eine rein wirtschaftliche Ausbeute des Vermögens, er ist eine Frucht des Vermögens, die aus seiner Anlage nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten hervorgegangen ist. Es entspricht dem geschäftlichen Sinn der menschlichen Natur, die Eigenschaft des Vermögens auszunutzen und das vorhandene nutzbringend und fördernd anzulegen und zu vermehren, also aus ihm Gewinn zu erzielen. Als einfachstes, aber auch bezeichnendes Beispiel sei die Erzielung von Zinsen angeführt. Es liegt klar auf der Hand, daß hier eine Identifizierung unmöglich ist, da etwas geschaffen, ersetzt werden soll oder nach dem Sinne des Gesetzes ungeschehen gemacht werden soll, was nicht vorhanden war und in Wahrheit nie geschehen ist. Daß andrerseits die wirtschaftliche Lage des Geschädigten geschmälert ist, wenn ihm die Möglichkeit, einen Gewinn zu erzielen, genommen ist, kann ebenfalls keinem Zweifel unterliegen.

Um den entstandenen Schaden nun auch tatsächlich ersetzen zu können, mußte das Gesetz notwendigerweise die Entschädigung in Geld vorsehen. Unter den im § 251 Satz 1 aufgestellten Voraussetzungen ist das dort geschehen. Erst hierdurch erhält die Vorschrift über den Ersatz des entgangenen Gewinns wie die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens überhaupt Inhalt und Bedeutung. Denn nur in den seltensten Fällen wird sich entgangener Gewinn anders als durch Geldleistung ersetzen lassen, da Geld nun einmal den wirtschaftlichen Maßstab für das Vermögen darstellt. Da entgangener Gewinn ein Teil des zu ersetzenden Schadens ist, so müssen die für seinen Ersatz maßgebenden Richtlinien notwendigerweise auch für den Schaden allgemein zutreffen.

Daß der entgangene Gewinn ebenfalls als Schaden gerechnet wird, erklärt sich aus dem Umfang, der diesem beigemessen wird. Der Schaden besteht in dieser Hinsicht darin, daß der Täter eine für den Geschädigten günstige Fortentwicklung hemmt. Darin liegt ein Eingriff in die Wirtschaftssphäre des Geschädigten, deren Verletzung der Täter wieder gut machen muß. Dieses Gebiet gehört zum Vermögen, das, wie schon kurz bemerkt, nicht nur einzelne, im Augenblick vorhandene Vermögensstücke umfaßt, sondern auch die Weiterungen und Vorteile, die sich aus ihm ergeben, und diese wiederum schließen begrifflich das Erzielen von Gewinn in sich. Es handelt sich also dabei um ein einheitliches Rechtsgut, das Vermögen. Die notwendige Folgerung aus dieser Auslegung des Schadensbegriffes und seines Umfanges hat in der gesetzlichen Vorschrift des § 252 Satz 1 ihren Niederschlag gefunden und muß in diesem Sinne gewertet werden.

II. Teil.

Der Begriff des entgangenen Gewinns.

1. Abschnitt: **Geschichtliche Entwicklung.**[1])

Während im geltenden Recht nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung der entgangene Gewinn einen Teil des Schadens bildet und somit von der Pflicht zum Schadensersatz umfaßt wird, war schon das Prinzip an sich im römischen Recht nicht unbestritten. Denn es finden sich im corpus iuris Stellen, die sich für den Ersatz auch des entgangenen Gewinns aussprechen, während die Ersatzpflicht in dieser Form von anderen Stellen abgelehnt zu werden scheint. Indessen entspricht, wie sich im Folgenden herausstellen wird, die herrschende Lehre des römischen Rechts der heutigen Kodifikation. Auch im römischen Recht bildete „die Lehre vom Interesse", wie in früherer Zeit die Lehre vom Schadensersatz genannt wurde, einen der wichtigsten Bestandteile der alten Rechtswissenschaft.[2]) Interesse ist einerseits die Differenz zwischen dem Vermögen, wie es gegenwärtig in seinem Bestande vorhanden ist, und dem Vermögenszustande, wie er sich ohne den Eintritt des schädlichen Ereignisses dargestellt haben würde;[3]) andrerseits ist darunter alles das zu verstehen, was dem von dem Schaden Betroffenen an seinem Umfange gelegen ist, worum er geschädigt ist und woran er in der Beziehung ein Interesse hat, daß der Schaden nicht eingetreten wäre.[4]) Damit deckt sich der Begriff Interesse aus dem alten Recht mit dem gesamten Vermögensschaden, den der Geschädigte erlitten hat; das Interesse kann Gegenstand einer obligatio sein

Daß auch das lucrum cessans, die Vereitelung einer Vermögensmehrung, die ohne das schädliche Ereignis dem Verletzten zugefallen wäre, von dem Interesse einbegriffen wird und ersetzt werden muß, ist mit unzweideutiger Klarheit von Ulpianus in der l. 2 § 11 D. 43, 8 ausgesprochen worden:

damnum pati videtur, qui commodum amittit

und ebenso von Paulus in der l. 21 § 2 D. 4, 2:

abest nuda possessio cum suis fructibus.

Daraus geht klar hervor, daß entgangener Gewinn als Schaden im Rechtssinn zu betrachten ist und damit der Schadensersatzpflicht unterliegt. Die Gleichberechtigung zwischen damnum emergens und lucrum cessans findet in der l. 13 pr. D. 46, 8 ausdrückliche Anerkennung:

---

[1]) Die geschichtliche Entwicklung ist bereits bei Stöhr und Rüggeberg sehr eingehend behandelt; sie sei daher hier nur kurz in ihren Hauptzügen um des Zusammenhangs willen wiedergegeben.

[2]) Vgl. dazu den Aufsatz „Interesse" von Manigk im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft S. 297.

[3]) Puchta S. 343 ff.

[4]) v. Wächter, Bd. II, S. 288 ff.

id [5]) est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui.

Trotz dieser und vieler anderer Belegstellen, die den entgangenen Gewinn als Schaden hinstellen und daher die Verpflichtung zum Ersatz auch einer Gewinneinbuße aufstellen, ist dieses Prinzip bestritten worden. In erster Linie stützen sich die Vertreter dieser Ansicht auf die l. 26 D. 39, 2:

> non debet videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prahibeatur

Indessen lassen diese und weitere Stellen [6]), die zur Begründung der abweichenden Ansicht angeführt werden, einen Widerspruch zu dem Gesagten nicht erkennen. Denn es handelt sich dabei nicht um entgangenen Gewinn, sondern um positiven Schaden; in den genannten Stellen wird ausgeführt, daß der angeblich Geschädigte gar keinen Schadensersatz verlangen könne, weil ihm der Schaden nicht widerrechtlich zugefügt wurde. Natürlich war es Voraussetzung für den Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, daß eine Gewinneinbuße auch bewiesen werden konnte; denn im anderen Falle wäre der Verlust nicht offenbar. Dies kommt in der l. 20 (19) D. 18, 6 zum Ausdruck:

> venditori si emptor in pretio solvendo moram facerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quaerere potuit.

Sie besagt mit ihrem Inhalt, daß bloße Möglichkeiten, daß ein Gewinn hätte gemacht werden können, zu ihrem Beweise nicht ausreichen. Daraus geht aber nicht hervor, daß der Ersatz des entgangenen Gewinns grundsätzlich abgelehnt werden soll. Im Gegenteil, die Stelle deckt sich mit der Auffassung des geltenden Rechts im § 252 Satz 2 BGB. Ähnlich sind andere Belegstellen zu bewerten, da sie positiv die Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn nicht ablehnen und nicht entkräften. Daher muß für das römische Recht der Grundsatz gelten, daß lucrum cessans ein gleicher Schaden ist wie das damnum emergens Dieselbe Ansicht wird auch fast von der gesamten Literatur vertreten. [7]) Wenn daher eine schädigende Handlung erfolgt ist, so muß sie derjenige, der für sie verantwortlich ist, in vollem Umfange und mit allen Folgen vertreten. Allerdings war eine Begrenzung der Ersatzpflicht der Höhe nach, wie die l. un. C. 7, 47 beweist, dem römischen Recht nicht unbekannt.

Naturgemäß kann nicht jeder Gewinn, den der Verletzte als entgangen angibt, ersetzt werden, vielmehr muß dies auch

---

[5]) nämlich das Interesse.
[6]) z. B. l. 1 § 21 D. 39, 3; l. 6 D. 39, 2; l. 21 § 3 D. 19,
[7]) So von Puchta S. 313 ff.; Arndts Bd. II S. 338; v. Bangerow S. 41; v. Wächter Bd. II S. 288; Windscheid Bd. II S. 51 ff.; Mommsen S. 134; v. Madai S. 384 u. a.

nachgewiesen werden. Schon die oben zitierte l. 20 (19) D. 18, 6 beschäftigt sich mit dieser Frage. Ausführlich kommt dieses Erfordernis noch in der l. 29 § 3 D. 9, 2 zum Ausdruck; sie ist ein Beweis dafür, daß nur der Gewinn zu ersetzen ist, der zumindest mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann, während die bloße Möglichkeit, daß ein Gewinn vielleicht hätte gemacht werden können, nicht ausreicht. Eine Beschränkung der Ersatzpflicht bestand bei mitwirkendem Verschulden insofern, als derjenige, der durch eigenes Verschulden Schaden erleidet, diesen selbst tragen muß. Dies ergibt sich aus der l. 203 D. 50, 17:

> quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.

Dort ist gesagt, daß der vom Verletzten selbst zu vertretende Schaden nicht als Schaden gilt. Voraussetzung für jeden Ersatz ist jedoch, daß zwischen dem schadenstiftenden Ereignis und dem Schaden Kausalzusammenhang besteht; er muß ebenso wie für das damnum emergens, so auch für das lucrum cessans nachgewiesen werden. Die schädigende Handlung muß das Erlangen eines Gewinns vereitelt haben. Der Kausalzusammenhang muß sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ergeben. In den Quellen lassen sich mehrere derartige Stellen[8]) aufweisen, die sich mit diesem Fall beschäftigen; sie beziehen sich zwar auf damnum emergens, finden jedoch in gleicher Weise auf lucrum cessans Anwendung.

Durch die Rezeption erlangte das römische Recht auch in Deutschland Geltung. In Preußen wurde es später durch das Allgemeine Landrecht abgelöst. Auch dort finden sich die gleichen Rechtsgedanken wie im römischen Recht. Im § 287, I, 5 wird ausdrücklich bestimmt, daß der entgangene Gewinn unter das Interesse falle. Was unter entgangenem Gewinn zu verstehen ist, erläutert § 6, I, 6. Als Sonderheit enthält das Allgemeine Landrecht die Bestimmungen der §§ 10 ff., I, 6, wonach die Höhe des Schadensersatzes nach dem Grade des Verschuldens abgestuft ist, was wiederum auf eine Streitfrage des römischen Rechts zurückzuführen ist.

Das Allgemeine Handelsgesetzbuch von 1861 hat sich im Art. 283 mit dem entgangenen Gewinn befaßt; dort wird bestimmt, daß bei Handelsgeschäften „Erstattung des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinns" verlangt werden kann. Das Handelsgesetzbuch geht dabei von der Erwägung aus, daß ein Kaufmann jede sich ihm bietende Gelegenheit benutzen wird, durch die er einen Gewinn erzielen kann; wenn ihm die Möglichkeit dazu genommen wird, so hat er einen Schaden erlitten, der ihm ersetzt werden muß. Eine Abstufung der Schadensersatzpflicht nach dem Grade des Verschuldens wie das Allgemeine

[8]) z. B. l. 11 § 3 D. 9, 2; l. 15 § 1 D. 9, 2.

Landrecht kennt das alte Handelsgesetzbuch indessen nicht, viel mehr ist die Verpflichtung zum Schadensersatz lediglich eine Frage der Haftung und des Kausalzusammenhangs.

2. Abschnitt: **Entstehungsgeschichte des § 252 BGB.**

Um die Bestimmungen des geltenden Rechts über entgangenen Gewinn ihrer Bedeutung entsprechend auslegen zu können, ist es von Vorteil, die Entstehungsgeschichte der maßgebenden Vorschriften, die im § 252 BGB. enthalten sind, kurz zu verfolgen. Von den beiden Entwürfen, die der endgültigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches vorangegangen sind, bestimmte der § 218 des I. Entwurfes:

> „Ist Schadenersatz zu leisten, so umfaßt der zu ersetzende Schaden sowohl die erlittene Vermögenseinbuße als auch den entgangenen Gewinn.
>
> Als entgangener Gewinn kommt nur derjenige in Betracht, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

Damit ist die Verpflichtung zum Ersatz des entgangenen Gewinns ausdrücklich anerkannt. Zu ersetzen ist die positive Vermögenseinbuße und der entgangene Gewinn; die Schadensersatzpflicht erstreckt sich auf die Verpflichtung zur Leistung des ganzen Interesse. Was unter „entgangener Gewinn" zu verstehen ist, wird im Satz 2 näher definiert. Für den II. Entwurf wurden zwei Vorschläge eingebracht:

1) „Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn, soweit dieser nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

2) „Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen ist nur derjenige Gewinn anzusehen, in Ansehung dessen nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen anzunehmen ist, daß er ohne das zu vertretende Ereignis gemacht worden wäre."

Die beiden Fassungen wurden als ihrem Inhalt nach sachlich und grundsätzlich übereinstimmend angenommen und zur Festlegung des Wortlautes der Redaktionskommission überwiesen. Daraus ergab sich der jetzt geltende Wortlaut des § 252 BGB. Wie weit dieser von seinen Vorläufern beeinflußt und welche Bedeutung ihm beizulegen ist, soll im folgenden Abschnitt erörtert werden.

Der § 252 BGB. bildet den Abschluß der bisher wiedergegebenen Entwicklung; Satz 1 regelt für das heute geltende Recht im Prinzip die Verpflichtung zum Ersatz des entgangenen Gewinns, Satz 2 bestimmt den Umfang, in dessen Rahmen ein entgangener Gewinn zu ersetzen ist. Die grundsätzliche Verpflichtung zum Ersatz des entgangenen Gewinns ist bereits im I. Teil der Arbeit behandelt; während über Satz 1 des § 252 die Auffassung einmütig ist, gehen die Meinungen über die Bedeutung des Satz 2 auseinander. Das Wesen des § 252 Satz 2 soll daher im folgenden erläutert werden; er lautet:

> „Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

Durch diese Formulierung ist dem Umfang der Ersatzpflicht eine äußere Grenze gezogen, und manche Streitigkeiten des römischen und gemeinen Rechts über diesen Punkt sind durch das Bürgerliche Gesetzbuch nunmehr beseitigt. Die Höchstgrenze für die Ersatzpflicht, die in der l. un. C. 7, 47 vermerkt ist, und die Abstufung nach dem Grade des Verschuldens, wie sie das Allgemeine Landrecht vorschrieb, sind verschwunden. Aber ganz zweifelsfrei ist die Fassung doch nicht getroffen worden, wie die folgenden Darlegungen zeigen werden; vielmehr hat die gesetzliche Regelung auch hier Möglichkeiten offen gelassen, die eine Dehnung des formulierten Begriffs je nach der vertretenen Auffassung zulassen, so daß auch die im Bürgerlichen Gesetzbuch festgelegte Bestimmung nicht als ultima ratio legis angesehen werden kann. Was zunächst die Höhe des zu ersetzenden Gewinnverlustes anbelangt, so wird man sich in erster Linie auf die von den Parteien zu machenden positiven Angaben zu stützen haben; hieraus wird sich bereits oft ergeben, wie hoch der Ersatz dafür zu bemessen ist. Wo jedoch feste Angaben nicht zu erzielen sind, muß der Richter nach seiner freien Überzeugung und auf Grund freier Beweiswürdigung seine Entscheidung treffen. Daß hierbei die Frage der Kausalität eine bedeutende Rolle spielt, liegt in der Natur der Sache. Wir werden darauf im einzelnen noch bei der eigentlichen Begriffsbestimmung zurückkommen und uns mit dieser Frage zu beschäftigen haben. Die Schwierigkeit bei der Bestimmung eines Gewinnverlustes liegt in seiner rechtlichen Natur begründet, weil der Beurteiler eines solchen Falles von der Wirklichkeit abweichen muß und sich nur auf Angaben stützen kann, die nicht Wirklichkeit geworden sind. Wir haben es hier mit einem imaginären Tatbestand zu tun, dessen Einzelheiten nur in der Vorstellung existieren, immer beherrscht von der Tendenz, daß sich ein Vermögenszuwachs ergeben *hätte*, ein Gewinn erzielt worden *wäre*, *wenn* nicht die zum Scha-

denersatz verpflichtende Handlung diese Möglichkeit zunichte gemacht hätte. Schon die Ausdrucksweise des Gesetzes läßt uns erkennen, wie hier die Zusammenhänge durchaus als imaginär angesehen werden müssen. Nicht nur, daß es sich um einen bloßen Ersatz für einen zugefügten Schaden handelt, vielmehr ist besonders in Betracht zu ziehen, daß ein Zustand geschaffen wird, wie er vorher in Wirklichkeit nicht dagewesen ist.

Immerhin gibt das Gesetz durch den § 252 BGB. genügend Vorschriften als Anhaltspunkte, die in jedem Fall eine gerechte Beurteilung ermöglichen. Während Satz 1 des § 252 den Umfang des zu ersetzenden Schadens festlegt, gibt Satz 2 eine Auslegungsbestimmung dafür, wann ein Gewinn entgangen ist. Danach ist die erste Voraussetzung, daß überhaupt ein Gewinn gemacht werden *konnte*. Für diese Feststellung sind in gewisser Weise Grenzen gezogen, insofern, als es wahrscheinlich sein muß, daß der Gewinn gemacht worden wäre. Der Wahrscheinlichkeit liegt es begrifflich inne, daß einerseits nicht nur eine unbestimmte Möglichkeit für das Vorhandensein eines Gewinns bestehen muß, andrerseits aber braucht die Tatsache nicht mit absoluter Sicherheit vorausfehbar sein. In vielen Fällen wird sich hierfür ohne weiteres der Beweis führen lassen, besonders, wenn es sich um Markt- oder Börsengeschäfte handelt; hierbei sind die Preise bestimmt, zu denen hätte verkauft oder gekauft werden können. Vielfach wird ein Beweis jedoch nur sehr schwer zu erringen sein, insbesondere, wenn er sich auf Tatsachen stützen muß, die erst nachträglich eingetreten sind. Allein bei dieser Definition kann es nicht sein Bewenden haben. Es wäre unbillig, wollte man dem Verletzten Ersatz für einen Gewinn zusprechen, der wohl wahrscheinlich ist, den zu machen er aber gar nicht beabsichtigt hatte. Daher muß noch der Nachweis erbracht werden, daß der Gewinn auch tatsächlich gemacht worden wäre, wenn die haftungbegründende Tatsache nicht eingetreten wäre. Der Gesetzgeber hat dabei durchaus den menschlichen Eigenschaften Rechnung getragen, indem er einerseits den Gewinn als entgangen rechnet, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (z. B. Zinsen. — Abstrakte Schadensberechnung).[1]) Andererseits kann aber auch der Nachweis erbracht werden, daß die besonderen, zu diesem Zwecke getroffenen Anstalten und Vorkehrungen die Erwartung rechtfertigen, daß ein Gewinn wahrscheinlich war (konkrete Schadensberechnung).[1]) Diese Formulierung gibt auch die Möglichkeit, solche Tatsachen zu berücksichtigen, die sich der Wahrscheinlichkeit eines Gewinns hindernd in den Weg gestellt haben. Es geht daraus hervor, daß alle Momente zu untersuchen sind, die für und wider die Wahrscheinlichkeit eines zu erwartenden Gewinns sprechen.

---

[1]) Siehe unten S. 43 ff.

Jedoch wird man bei der Prüfung der Frage, ob ein Gewinn entgangen ist, prima facie stets zu Recht folgern können, daß dies der Fall gewesen ist, insbesondere dann, wenn zur Erzielung eines Gewinns lediglich der Geschädigte in Tätigkeit zu treten braucht, ohne daß es dazu noch der Mitwirkung eines Dritten bedurft hätte, oder gar, wenn sich nach der normalen Entwicklung der Dinge ein Gewinn ergeben hätte, ohne daß noch eine in dieser Richtung erforderliche Mitwirkung notwendig ist. Die menschliche Natur mit ihrem Streben nach Vermögensmehrung unterstützt eine solche prima facie Folgerung. Indessen kann natürlich der Ersatzpflichtige in jedem Falle den Gegenbeweis führen. Insbesondere wird man jedesmal dann die Feststellungen über Gewinnverluste mit größter Genauigkeit prüfen müssen und das Prüfungsergebnis entsprechend zu werten haben, wenn die Erzielung eines Gewinns noch von der Tätigkeit dritter Personen abhängig ist, die zu einem Gelingen hätten mitwirken müssen. Diese Voraussetzungen muß der Richter bei Beurteilung eines Falls von entgangenem Gewinn stets in erster Linie berücksichtigen. Wie weit er indessen die Gesetzesvorschriften, die den Begriff des entgangenen Gewinns zum Gegenstand haben, auf das Ermittelungsergebnis zur Anwendung bringt, ist eine Frage der persönlichen Auffassung, in welchem Sinne die gesetzliche Vorschrift auszulegen ist. Wir müssen uns daher im folgenden mit den beiden über diese Vorschrift bestehenden grundsätzlichen Auffassungen näher beschäftigen. Wie weit ein Gewinn im einzelnen als entgangen anzusehen ist, ist Tatfrage und soll später einer Betrachtung unterzogen werden. Gegenstand der Streitfrage, die sich mit der Bedeutung des § 252 Satz 2 befaßt, ist auf der einen Seite die Ansicht, daß die genannte Gesetzesbestimmung in materiellrechtlichem Sinne aufzufassen sei, indem die darin ausgesprochene Ersatzpflicht einer Beschränkung unterworfen sei — man nimmt also an, daß die Vorschrift eine besondere gesetzestechnische Definition des Begriffs entgangener Gewinn darstelle —, während auf der anderen Seite die Theorie der Beweiserleichterung vertreten wird, die in Ergänzung des § 287 ZPO. den Nachweis von Gewinnverlust erleichtern will — der Begriff des Sprachgebrauches wird davon nicht berührt, sondern dieser Auslegung zugrundegelegt.

a) Materiell-rechtliche Auffassung.

Die materiell rechtliche Auffassung besteht darin, daß der sprachliche Begriff des entgangenen Gewinns eine Abgrenzung oder Abänderung in Form einer gesetzlichen Fiktion erfährt. Die Wahrscheinlichkeit eines Gewinns soll vorauszusehen sein. Die Frage ist eng mit der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang verbunden. Die Bestimmung wird darauf begrenzt, daß das Entgehen eines Gewinns, auch wenn er wirklich entgangen ist, nur dann berücksichtigt werden soll, wenn er zur

Zeit der Schadenszufügung unter den vom Gesetz bezeichneten Umständen erwartet werden konnte. Auch wenn sich nachträglich mit Sicherheit herausstellt, daß ein Gewinn, der anfangs wahrscheinlich *nicht* zu erwarten stand, nach der späteren Entwicklung der Dinge wahrscheinlich oder sogar mit Sicherheit *doch* eingetreten wäre, so ist er trotzdem nicht als entgangener Gewinn im Sinne der gesetzlichen Vorschrift des § 252 Satz 2 anzusehen. Hiernach ist der Zeitpunkt, von dem aus die Wahrscheinlichkeit zu prüfen ist, der, in dem der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand eintrat. Die Gesetzesvorschrift hat also nach der materiell-rechtlichen Auffassung den Sinn: *Nur* der Gewinn, dessen wahrscheinliches Eintreten zur Zeit des schädigenden Ereignisses — subjektiv oder objektiv[1]) — vorauszusehen war, gilt als entgangen. Über die durch diese Auslegung gezogenen Grenzen hinaus liegt kein entgangener Gewinn vor. Diese Auffassung läßt eine erhebliche Beschränkung des sprachlichen Begriffs entgangener Gewinn erkennen und schafft einen eigens für das Gesetz aufgestellten besonderen juristischen Begriff des entgangenen Gewinns.

Die materiell-rechtliche Auffassung wird von Crome, dem Kommentar der Reichsgerichtsräte, Planck in seinen früheren Auflagen[2]) sowie besonders nachdrücklich von Werner im Kommentar von Staudinger vertreten. Die Vertreter dieser Ansicht gehen von der Entstehungsgeschichte des § 252 Satz 2 aus, die vielleicht, rein äußerlich betrachtet, diese Ansicht zu begünstigen scheint. Insbesondere wird in diesem Zusammenhang angeführt, daß Planck, der ja ebenfalls diese Ansicht vertritt, als Mitglied der Kommission für den I. Entwurf seine Ansicht durchgesetzt habe, so daß dem § 218 Absatz 1 des I. Entwurfs folgende Fassung gegeben wurde:

> „Als entgangener Gewinn kommt *nur* derjenige in Betracht, welcher . . . mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

Diese Fassung kann allerdings auf einen einschränkenden Sinn der Bestimmung hindeuten. In der zweiten Kommission[3]) lagen folgende Vorschläge für die Fassung vor:

1) „Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn, *soweit* dieser . . . erwartet werden konnte."

und

2) „. . . Als entgangen ist *nur* derjenige Gewinn anzusehen, in Ansehung dessen . . . anzunehmen ist, daß er . . . gemacht worden wäre."

---

[1]) Die Ansichten darüber sind verschieden. Die Unterscheidung ist jedoch für uns, wie sich zeigen wird, unerheblich.

[2]) 1./2. Auflage. Seit der 3. Auflage bekennt sich der Kommentar von Planck zur Theorie der Beweiserleichterung.

[3]) Prot. Bd. I S. 291 f.

Auch diese Fassungen bedeuten gegenüber der des I. Entwurfes keine Änderung. Die Kommission beschloß [1]), den § 218 seinem sachlichen Inhalt nach anzunehmen und die Anträge, da sie lediglich die Fassung betrafen, der Redaktionskommission zu überweisen. Hieraus schließt insbesondere Planck (in den früheren Auflagen), daß die Gesetzgebung der Bestimmung einen einschränkenden Inhalt geben wollte, um eine zu weite Ausdehnung des Begriffes und damit der Schadensersatzpflicht überhaupt zu verhindern. Auch für Crome [5]) ist dieser Grund maßgebend, daß für den Umfang der Schadensersatzpflicht hierdurch eine positive Grenze geschaffen sei, damit „einer allzu laxen Auffassung des Schadensbegriffes entgegengetreten" würde. Die gleiche Ansicht vertritt Matthiaß [6]) ohne nähere Begründung. Planck (frühere Ansicht) begründet seinen Standpunkt im wesentlichen damit, daß die geschichtliche Entstehung des § 252 für diese Auffassung spreche und daß der Wortlaut damit vereinbar sei. Ähnliche Gründe, unter Hinweis auf Planck, führt Eck [7]) für seine Meinung an. Werner bei Staudinger [8]) beruft sich vornehmlich auf innere Gründe, die für diese Auffassung sprächen, vor allem auf den Grundsatz des adäquaten Kausalzusammenhangs; er lehnt zwar die subjektive Voraussehbarkeit des Erfolges als nicht zum Begriff des adäquaten Kausalzusammenhangs gehörig ab, fordert aber objektive Voraussehbarkeit im Zeitpunkt der Schadenszufügung seitens des Richters. Damit bringt er den Kausalzusammenhang gewissermaßen doppelt zur Anwendung: einmal für den Schaden im Ganzen, und außerdem speziell zur Bestimmung darüber, ob ein Gewinn entgangen ist. Im § 252 Satz 2 sieht Staudinger Werner einen Hauptstützpunkt der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang. Der Reichsgerichtsrätekommentar [9]) sieht ebenfalls, ähnlich wie Crome, in der Formulierung „eine bestimmte Grenze für den als Folge der schädigenden Handlung noch in Betracht zu ziehenden Gewinnentgang, um nicht uferlosen Ersatzansprüchen Raum zu geben". Er nimmt an, daß diese Bestimmung deswegen in einschränkendem Sinne getroffen wurde, weil der Begriff des ursächlichen Zusammenhangs bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches noch nicht so geklärt war wie heutzutage, und sieht im § 252 Satz 2 eine lex specialis anstelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze über den ursächlichen Zusammenhang. Auch schließt der Reichsgerichtsrätekommentar negativ auf die Auslegung im Sinne der materiell rechtlichen Auffassung, weil „der Wortlaut des Gesetzes von einer Beweisregel nichts erkennen"

---

[1]) Prot. Bd. I S. 292.
[5]) a. a. O. S. 73.
[6]) a. a. O. S. 186.
[7]) a. a. O. Bd. I S. 250 f.
[8]) a. a. O. S. 150 ff.
[9]) a. a. O. S. 408 ff.

lasse. Diese Ansicht von einer einschränkenden Begriffsbestimmung des § 252 Satz 2 ist indessen nicht als zutreffend anzusehen; sie entspricht auch nicht der herrschenden Meinung.

b) Die Theorie der Beweiserleichterung.

Im Gegensatz zu der den Begriff des entgangenen Gewinns inhaltlich einschränkenden und einen besonderen juristischen Begriff schaffenden Auffassung, die dem § 252 Satz 2 rein materiellrechtliche Bedeutung beimessen will, steht die von ihren Gegnern vertretene Theorie der Beweiserleichterung, die sich auf dem von der Sprache des täglichen Lebens gebrauchten Begriff aufbaut. Nach dieser Theorie besagt das Gesetz mit der genannten Bestimmung, daß in Ergänzung der durch den § 287 ZPO. gegebenen Richtlinien für die Ermittelung eines Schadens seitens des Richters eine Vermutung dafür geschaffen werden soll, wann in Zweifelsfällen ein entgangener Gewinn anzunehmen ist und welche Umstände dazu heranzuziehen sind, um das Vorliegen von Gewinnverlust darzutun. Hier zeigen sich bereits zwei wichtige Unterschiede gegenüber der zuerst behandelten Auffassung. Danach ist es selbstverständlich, daß jeder Gewinn zu ersetzen ist, von dem irgendwie festgestellt ist, daß er tatsächlich entgangen ist. Es kommt also nicht etwa darauf an, ob er zur Zeit der Schadenszufügung vorauszusehen war, sondern der Ersatz ist dann, wenn die Feststellung von seinem Entgehen getroffen ist, in jedem Falle zu leisten; jeder Gewinn, der überhaupt nach den ermittelten Tatsachen als entgangen dargetan ist, muß ersetzt werden gemäß § 252 Satz 1. Wenn solches aber der Sinn des Gesetzes ist, dann kann — und dies ist der zweite grundlegende Unterschied — der § 252 Satz 2 nur mehr materielles Recht im Umfange einer Vermutung aufstellen für die Fälle, in denen es zweifelhaft erscheint, ob überhaupt ein Gewinn entgangen ist, und kann nicht ausschließlichen, nur materielles Recht bringenden Charakter haben. Wenn es nicht feststeht oder erwiesen ist, daß ein Gewinn tatsächlich entgangen sei, dann wird dies indessen vermutet, falls die im Gesetz dafür aufgestellten Vorbedingungen [10]) zutreffen. Der Richter hat nach § 287 Z.P.O. die Aufgabe, festzustellen, ob ein Schaden entstanden, und damit auch, ob ein Gewinn entgangen ist; diese Feststellung wird ihm dadurch erleichtert, daß das Gesetz auf Grund bestimmter Voraussetzungen [10]), die im § 252 Satz 2 festgelegt sind, eine Vermutung, eine praesumptio, für das Vorliegen eines Gewinnverlustes aufstellt, an die sich der Richter halten kann. Andrerseits kann derjenige, der einen entgangenen Gewinn behauptet und zu beweisen hat, seine Beweisführung auf die Punkte stützen, bei deren Zutreffen das Gesetz im § 252 Satz 2 einen Gewinnverlust für vorliegend erachtet. Die Ge

---

[10]) Vgl. S. 25 ff.

setzesbestimmung hat also danach den Sinn einer Beweiserleichterung in Ergänzung des § 287 ZPO. Damit sind auch gleichzeitig bestimmte Anhaltspunkte für die Beweislast gegeben; es ist Sache des Geschädigten, darzutun, daß die im § 252 Satz 2 aufgestellten Voraussetzungen vorliegen, so daß danach ein Gewinnverlust anzunehmen ist; Sache des Ersatzpflichtigen dagegen ist es, den Gegenbeweis dafür zu führen, daß diese Voraussetzungen nicht zutreffen, so daß damit das Erzielen eines Gewinnes nicht möglich sein konnte. Dies bedeutet ebenfalls eine Erleichterung für den Nachweis eines Gewinnverlustes, deren Berechtigung darin erblickt wird, daß die irreale Natur des Begriffs entgangener Gewinn einen Nachweis außerordentlich schwierig gestaltet, so daß der Geschädigte dadurch von vornherein im Nachteil ist, während dieser einen Ausgleich erfährt, wenn bestimmte gesetzliche Voraussetzungen für das Vorliegen eines Gewinnverlustes aufgestellt werden.

Diese sogenannte Theorie der Beweiserleichterung wird ebenso wie die materiellrechtliche Auffassung mit der geschichtlichen Entwicklung des § 252 begründet; allerdings erfährt hierbei die Vorgeschichte eine andere Würdigung. Den Stützpunkt dieser Ansicht bilden die „Motive", die bei ihren Ausführungen zum § 218 des I. Entwurfes besagen, daß Vorhersehbarkeit einer Gewinnerzielung nicht erforderlich sei und durch § 252 der Praxis die nötige Anweisung im Hinblick auf § 287 ZPO. gegeben werde.[11]) Außerdem sprechen jedoch überwiegend innere Gründe für die Theorie, die als herrschende Auffassung anzusprechen ist; ihr ist gegenüber der materiell rechtlichen Auffassung der Vorrang zu geben. Die Gründe, die für diese Annahme sprechen, sollen im folgenden Abschnitt näher gewürdigt werden.

c) Eigene Auffassung.

Als Parallele zur Begründung der materiell rechtlichen Auffassung durch die Entstehungsgeschichte des § 252 sei diese auch bei der Auslegung der Theorie von der Beweiserleichterung zunächst herangezogen. Ob sie indessen von ausschlaggebender Bedeutung für die herrschende Auffassung ist, kann dahingestellt bleiben. Man muß sich auf den Standpunkt stellen, daß die Fassung des § 252 für uns als Definitivum vorliegt, so daß den Fassungen, wie sie *vor* der endgültigen Formulierung des Gesetzestextes bestanden, ein allzu erheblicher und bedeutsamer Wert nicht beigemessen werden darf. Für uns kann es sich nur um die Auslegung einer vorliegenden, heute geltenden Fassung handeln; die Entstehungsgeschichte einer Bestimmung können wir stets nur hilfsweise heranziehen. Aus dieser Charakteristik, die die Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Auslegung einer Gesetzesstelle erkennen läßt, geht schon hervor, daß die für die

[11]) Motive Bd. II S. 18.

materiellrechtliche Auffassung hauptsächlich angeführte Begründung nicht zu überzeugen vermag. Man kann auf dieser Grundlage die Richtigkeit der Ansicht unterstellen, daß die den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches vorbereitenden Kommissionen auf dem Standpunkt der materiellrechtlichen Auffassung gestanden haben — was jedoch ebenfalls nicht zugestanden wird —, man kann daraus aber durchaus noch nicht schließen, daß diese Ansicht auch für die endgültige Formulierung maßgebend gewesen ist und mit ihr harmoniert, vielmehr ist hierfür die maßgebliche Meinung der gesetzgebundenen Faktoren zu beachten, und vor allem ist die Meinung aus dem Ergebnis der Forschungen von Wissenschaft und Praxis zu schöpfen, was uns weiter unten beschäftigen wird. Wenn auch hiernach einer Begründung durch die Entstehungsgeschichte die ausschlaggebende Bedeutung abzusprechen ist, so steht doch diese Ansicht einer hilfsweisen, die übrigen Beweggründe unterstützenden und um einen weiteren vermehrenden Heranziehung der Entstehungsgeschichte nicht im Wege. Wie wir oben [1]) gesehen haben, wird den Fassungen des § 218 im I. Entwurf in der ersten und zweiten Kommission ein der materiell-rechtlichen Auffassung entsprechender und den Begriff des entgangenen Gewinns einschränkender Charakter beigelegt, der auch für die endgültige Fassung des § 252 von den Vertretern dieser Auffassung angenommen wird. Im Wesentlichen stützt sich die materiellrechtliche Auffassung darauf, daß nicht jede Gewinneinbuße zu ersetzen ist, sondern nur diejenige, die zur Zeit des schädigenden Ereignisses vorausgesehen werden konnte, und sieht gerade diese Auslegung durch die Entstehungsgeschichte befürwortet. Diese Ansicht kann jedoch nicht als zutreffend bezeichnet werden, was aus der Denkschrift zum Entwurf [2]) und den Motiven [3]) zu schließen ist. Denn hier wird in aller Deutlichkeit ausgesprochen, daß Vorhersehbarkeit eines Gewinnverlustes *nicht* erforderlich sei. Hierdurch schon wird das stärkste Argument, das die Vertreter der materiellrechtlichen Auffassung für ihre Ansicht anführen, erheblich erschüttert, zumal die Grundlage, nämlich die Entstehungsgeschichte, für beide Begründungen dieselbe und daher von gleicher maßgeblicher Bedeutung ist. Daraus ergibt sich, daß die vorbereitenden Kommissionen den Standpunkt vertreten haben, daß der Schadensersatzpflichtige für alle, nicht nur für die vorauszusehenden Folgen seiner Handlung, zu haften hat. Diese Ansicht wird durch die Tatsache bestärkt, daß der im II. Entwurf enthaltene § 247, der in nachstehender Fassung vorgeschlagen wurde:

> „Die Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit erstreckt sich nicht auf einen Schaden, dessen Entstehung außerhalb des Bereichs der Wahrscheinlichkeit lag oder nach

[1]) S. 27.
[2]) S. 44.
[3]) Bd. II S. 18.

den Umständen, die der Schuldner kannte oder kennen mußte, als außerhalb dieses Bereiches liegend angesehen werden dürfte."

im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Aufnahme gefunden hat; zwar stützt sich Planck in den beiden ersten Auflagen seines Kommentars auch auf diese Bestimmung des § 247 als Befürwortung der materiellrechtlichen Auffassung, aber m. E. spricht gerade die Tatsache der Nichtaufnahme in das Gesetz ohne weiteres für das Gegenteil, für die Ablehnung jener Auffassung und für den Ausschluß jeder Beschränkung der Schadensersatzpflicht. Indessen die Entstehungsgeschichte stellt nicht nur eine Widerlegung der materiellrechtlichen Auffassung dar, vielmehr betont sie auch positiv den Standpunkt, den die Theorie der Beweiserleichterung vertritt, durch die Bemerkung in den „Motiven" [1]), daß der § 252 der Praxis die nötige Anweisung im Hinblick auf § 287 ZPO. gebe, indem für die Frage, ob ein Gewinn entgangen ist, ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit entscheidend sein soll. Danach erscheint auch die Annahme, daß der § 218 des I. Entwurfs und die Vorschläge in der zweiten Kommission den Begriff des entgangenen Gewinns für die Rechtsprechung einschränken wollten, zumindest höchst zweifelhaft; aus ihrer Fassung folgt dies jedenfalls durchaus nicht unbedingt. Nach alledem kann die Entstehungsgeschichte des § 252, wenn ihr auch keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen ist, nur geeignet sein, die Theorie der Beweiserleichterung zu stützen, keinesfalls aber die Möglichkeit bergen, sie zu widerlegen.

Gegenüber den zu Zweifeln Anlaß gebenden Fassungen der Vorläufer des § 252 ist der Wortlaut, wie er uns heute im Gesetz vorliegt, erheblich genauer und eindeutiger zugunsten der Theorie der Beweiserleichterung formuliert. Allerdings führen auch ihre Gegner den Wortlaut zu ihren Gunsten an [5]), wenngleich sie ein positives Ergebnis daraus nicht herleiten. Die Veranlassung zu dieser Kontroverse hat der Ausdruck: „als entgangen *gilt* . . ." gegeben. Hierbei ist indessen festzustellen, daß in diesem Ausdruck durchaus eine Bestätigung der vorliegend vertretenen Ansicht liegt. [6]) Danach steht fest, daß jeder Gewinn, der nach den getroffenen Feststellungen tatsächlich entgangen ist, ersetzt werden muß; Zweifel bestehen nur dann, wenn sich eine Gewinneinbuße nicht mit Sicherheit ermitteln läßt, so daß in diesen Fällen die Vermutuung helfend eingreifen muß. Dieser nicht auf Sicherheit, sondern auf den imaginären Begriff der Wahrscheinlichkeit gegründeten Nachweisführung entspricht auch der oben angezogene Ausdruck „gilt"; weil hier für die Schadensersatzpflicht eine gesetzlich begründete Präsumption geschaffen wird, zeigt auch der Wortlaut des Gesetzes diese in

[1]) Bd. II S. 18.
[5]) Vgl. Staudinger-Werner S. 149 f.
[6]) Ebenso Oertmann, Anm. zu § 252 S. 75.

eine irreale Ausdrucksform gekleidete Tendenz. Man kann daher in dieser Fassung ebenfalls nur eine Begünstigung der herrschenden Ansicht erblicken.

Die Theorie der Beweiserleichterung wird weiterhin von einem großen Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur vertreten. Wie schon oben bemerkt, folgert Oertmann seinen Standpunkt aus dem Gesetzeswortlaut. Auch der Kommentar von Planck hat sich, nachdem Planck selbst in den ersten beiden Auflagen seines Kommentars die gegenteilige Ansicht gebilligt, ja wohl sogar ursprünglich begründet hatte, seit der dritten Auflage, zuerst noch zweifelnd, dann aber umso bestimmter durch Siber für unsere Theorie ausgesprochen. Er erkennt an, daß die Entstehungsgeschichte, auf die Planck seine Meinung gestützt hatte, nicht geeignet ist, seine anfängliche Auffassung zu halten, wofür Siber etwa die oben angeführten Gründe heranzieht. Ebenfalls lehnen Soergel [7]) und Warneyer [8]) die materiellrechtliche Auffassung ab und bekennen sich zur Theorie der Beweiserleichterung. Die Aufstellung einer Vermutung durch den § 252 Satz 2 wird ihrer Ansicht nach dadurch gerechtfertigt, daß nach der Einstellung der menschlichen Natur stets anzunehmen ist, der Geschädigte würde einen Gewinn gemacht haben, wenn sich ihm die Gelegenheit dazu bietet; es ist also eine Präsumption geschaffen, die der Ersatzpflichtige zu entkräften hat. Auch der Kommentar von Staudinger hatte in seiner ersten Auflage unserer Ansicht zugeneigt, ist dann aber der von Planck später aufgegebenen materiellrechtlichen Auffassung beigetreten und ihr entschiedenster Vertreter geworden. Staub gibt keiner der beiden widerstreitenden Anschauungen seine Zustimmung, scheint aber eher der herrschenden Ansicht zuzuneigen [9]); er sieht in der Gesetzesbestimmung eine Erweiterung des Begriffs in der Weise, daß schon ein mit Wahrscheinlichkeit, nicht nur mit Sicherheit zu erwartender Gewinn, der entgangen ist, ersetzt werden muß. Diese Auffassung dürfte im Endergebnis mit der Theorie der Beweiserleichterung auf dasselbe hinauskommen, indem der Ersatzpflichtige nach Staub den Gegenbeweis gegen das Vorliegen von Wahrscheinlichkeit zu führen, nach unserer Ansicht eine Vermutung zu entkräften hat. Endemann [9]) spricht von einem „fiktiven Vermögensstand", der die zu ersetzende Differenz gegenüber dem tatsächlichen niedrigeren Vermögensstande angibt und dessen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden muß. Auch hier zeigt sich die Tendenz, ebenso wie bei Dernburg [10]) und Cosack [11]), daß der Geschädigte den Nachweis führen muß, er

---

[7]) a. a. O. zu § 252.
[8]) a. a. O. Anm. 19 zu § 347.
[9]) a. a. O. S. 724, Anm. 6. Ebenso Mataja im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. I S. 274 f.
[10]) a. a. O. S. 82.
[11]) a. a. O. S. 377.

würde den Gewinn wahrscheinlich gemacht haben, wodurch eine Vermutung für einen Gewinnverlust aufgestellt wird, die der Ersatzpflichtige entkräften muß. Nur dann, wenn es gewiß sein sollte, daß ein Vorteil, der an sich erwartet werden konnte, nicht gemacht worden wäre, kann ein solcher nicht in Betracht kommen. Daß die Voraussehbarkeit eines Gewinnverlustes kein Erfordernis der Pflicht zum Schadensersatz ist, betont mit besonderer Deutlichkeit Leonhard[14]: die Haftung für einen Schaden betrifft ohne Einschränkung auch alle Folgen des schädigenden Ereignisses. Der Ersatz des entgangenen Gewinns kann nicht auf den beschränkt werden, der bei der Tat vorauszusehen war.

Neben den bisher behandelten Gesichtspunkten, daß eine Beschränkung des Ersatzes für entgangenen Gewinn weder durch die Entstehungsgeschichte des § 252 noch durch seinen Wortlaut gerechtfertigt wird, veranlaßt Traeger[15] noch besonders der Gesichtspunkt der Billigkeit und Gerechtigkeit, sich der Theorie der Beweiserleichterung zuzuwenden. Denn nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes soll aller Schaden ersetzt werden, eine Haftung besteht also für den ganzen Umfang des Schadens; mit dieser Vorschrift wäre es nicht in Einklang zu bringen, wenn entgangener Gewinn, ein maßgeblicher Teil des entstandenen Schadens, nur dann ersetzt werden soll, wenn er zur Zeit des schädigenden Ereignisses vorauszusehen war. Eine solche Auslegung wäre unbillig, da eine Gewinnmöglichkeit oft erst auftaucht, wenn der Schaden bereits eingetreten ist. Dieser Umstand veranlaßt Traeger im besonderen, dafür einzutreten, daß durch die Vorschrift dem Richter eine Anweisung gegeben werden soll, festzustellen, ob ein Gewinn gemacht worden wäre und unter welchen Umständen ein Gewinn als entgangen anzunehmen ist. In ähnlicher Weise deutet auch Fischer[11] auf diesen Gesichtspunkt hin. Ein Vorteil, der anfangs als wahrscheinlich nicht erwartet werden konnte, hätte ohne das schadenstiftende Ereignis nach der späteren Entwicklung der Dinge sehr wohl eintreten können. Diese Tatsache muß bei einer Berechnung des Schadensersatzes berücksichtigt werden; da jedoch oft eine sichere Feststellung darüber nicht getroffen werden kann, soll durch den § 252 dem Richter eine Anweisung für die Berücksichtigung des entgangenen Gewinns gegeben werden. In dieser Anweisung wird eine Vermutung aufgestellt, die die Beweisführung erleichtern soll. Die überzeugendste und ausführlichste Begründung gibt Enneccerus[15], der die Theorie der Beweiserleichterung, wie er selbst angibt[16], bereits seit der ersten Auflage seines Lehr-

[14]) a. a. O. S. 172.
[15]) a. a. O. S. 254 f.
[11]) a. a. O. S. 69.
[15]) In der 9. bis 11. Auflage seines Lehrbuches.
[16]) Enneccerus 31.—35. Auflage II. Bd., S. 51 f.

buches vertritt und wohl als ihr Begründer anzusehen ist. Entstehungsgeschichte und Wortlaut sowie der Gesichtspunkt der Billigkeit, in ihrer Darstellung ähnlich der bisher erfolgten, bestimmen ihn, die Theorie der Beweiserleichterung als zutreffend anzusehen.

Den gleichen Standpunkt vertritt die Praxis in der Rechtsprechung der obersten Gerichte. Hier zeigt sich der für unsere Betrachtungen interessante Fall, daß die Theorie der Beweiserleichterung, die die herrschende Ansicht im § 252 Satz 2 sieht, nicht erst eine Neueinrichtung des Bürgerlichen Gesetzbuches darstellt, sondern daß bereits lange vor seinem Entstehen die gleiche Theorie für die Bestimmung des entgangenen Gewinns vom Reichsgericht angewendet wurde. In der hier angezogenen Entscheidung [17]) wird von der Regel ausgegangen, daß der Verletzte seinen Verdienst auch in Zukunft gehabt haben würde, wenn er nicht Schaden gelitten hätte; dagegen soll es Sache des Ersatzpflichtigen sein, Umstände zu behaupten und nachzuweisen, aus denen zu entnehmen ist, daß im vorliegenden Falle die übliche Regel nicht anzunehmen sei, und zwar genügt hierfür nicht der Nachweis von Tatsachen, aus denen sich die Möglichkeit des Gegenteils ergibt, sondern es müssen Tatsachen vorliegen, aus denen mit einer gewissen Sicherheit auf das Gegenteil zu schließen ist. Für die Zeit seit der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches seien aus der großen Zahl von Entscheidungen, die sich als Belegstellen für unsere Ansicht benennen ließen, die markantesten angeführt. Ein Urteil des OLG. Hamburg [18]) verwirft die einschränkende materiellrechtliche Auffassung und bekennt sich zur Theorie der Beweiserleichterung auf Grund der Entwicklungsgeschichte, wie sie oben dargestellt ist. Das Reichsgericht hat sich des öfteren mit der Streitfrage befaßt. In einer für alle späteren Urteile grundlegenden Entscheidung [19]) hält es die materiellrechtliche Auffassung wegen ihres einschränkenden Charakters für unrichtig, sieht vielmehr im § 252 Satz 2 lediglich eine Beweiserleichterung und nicht eine Beschränkung des Anspruchs auf Ersatz des entgangenen Gewinns, die durch Heranziehung des Zeitpunktes entsteht, in dem das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis eintrat. Die Begründung leitet die Entscheidung aus dem Wortlaut des Gesetzes her, der eine solche Beschränkung nicht enthalte, wie auch aus der Entstehungsgeschichte, die dasselbe Ergebnis herbeiführe. Das Reichsgericht hat diesen seinen Standpunkt nicht geändert, wenn sich auch, allerdings nur einmal [20]), eine Abweichung von der herrschenden Meinung feststellen läßt, und

---

17) RG. 17, S. 51.
18) OLG. Bd. 4, S. 214.
19) Abgedruckt in JW. 07, S. 828 f., Gruchot 52, S. 945 ff. und Seuff. Arch. 63, S. 261, Nr. 150.
20) JW. 28, S. 961 Z. 2.

sich auch in neuester Zeit wiederholt dazu bekannt. In einer hierfür maßgebenden Entscheidung[21]) beruft es sich auf seine früheren Auslegungen und macht sich Enneccerus' Standpunkt ausdrücklich zu eigen. Hier wie dort wird betont, daß die Vorschrift eine Beweiserleichterung enthält und nicht etwa den Anspruch auf Ersatz der Gewinneinbuße beschränken will; die für diesen Nachweis eines entgangenen Gewinns erforderliche Wahrscheinlichkeit braucht nicht schon beim Eintritt des zum Ersatz verpflichtenden Umstandes bestanden zu haben. Wenn auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte, wie schon erwähnt, den abweichenden Standpunkt der materiell rechtlichen Auffassung vertritt, so harmoniert er durchaus nicht mit der herrschenden, vom Reichsgericht vertretenen Meinung; seine Widerlegung ergibt sich aus der obigen Darstellung.

Sind es bisher vornehmlich äußere Gründe, wie Entstehungsgeschichte und Wortlaut des § 252, gewesen, die zur Begründung der Theorie von der Beweiserleichterung herangezogen wurden, so mangelt es doch auch nicht an inneren Zusammenhängen, die uns veranlassen, der herrschenden Meinung zuzustimmen. Es ist notwendig, die Grundgedanken der Lehre vom Schaden und Schadensersatz stets im Auge zu behalten; denn entgangener Gewinn ist ein Teil des Schadens, untersteht also im Zweifel den Gesetzesbestimmungen, die für diesen gelten. Wir können uns daher auf die eingangs angestellten allgemeinen Untersuchungen stützen und sie in den Gesichtskreis unserer speziellen Betrachtungen über das Wesen des entgangenen Gewinns einbeziehen. Wie wir oben gesehen haben, bildet den fundamentalen Rechtssatz für den Schadensersatz der Grundsatz der Naturalrestitution. Der Ersatz stellt die grundsätzlich naturgetreue, vollständige Ausgleichung der gesamten Differenz zwischen der Vermögenslage dar, wie sie in dem für die Feststellung des Schadens maßgebenden Zeitpunkt besteht, und derjenigen Vermögenslage, die zu dieser Zeit bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, wobei allerdings die Entschädigung in Geld gemäß § 251 die Regel bildet. Die Vorbedingung für jeden Ersatz ist naturgemäß die Möglichkeit, daß sich der Schaden für die Entschädigung berechnen läßt; und hierin liegt bei der Feststellung eines entgangenen Gewinns eine gewisse Schwierigkeit. Zu berechnen ist der Verlust, der durch die Rückwirkung der schädigenden Handlung auf das gesamte Vermögen eintritt; bei dem entgangenen Gewinn besteht der Verlust darin, daß dem Geschädigten die Möglichkeit einer Mehrung des Vermögens genommen ist. Wie weit sich jedoch dieser Verlust auswirkt und demnach der Schadensersatzpflicht unterliegt, ist Aufgabe der darüber anzu-

[21]) Abgedruckt in JW. 29, S. 2508 und Dtsch. Richterzeitung 29, Heft 7, Nr. 625.

stellenden Berechnung. Da hierbei nur mit Vermutungen gearbeitet werden kann, die sich nicht auf Tatsachen, sondern höchstens auf Kombinationen stützen, würde es an genügenden Anhaltspunkten fehlen, wenn nicht das Gesetz mit bestimmten Vorschriften helfend eingreifen würde. Durch die Bestimmung des § 252 Satz 2 ist nun ein Anhalt geboten, um den fiktiven Vermögensstand zu berechnen, der die zu ersetzende Differenz gegenüber dem tatsächlichen niedrigeren Vermögensstande angibt. Die Vorschrift würde aber dem Grundsatz der Naturalrestitution widersprechen, wenn darin eine Beschränkung für die Berechnung eines entgangenen Gewinns enthalten wäre; denn für einen gesetzlich fixierten Bestandteil eines Rechtsbegriffs müssen dieselben Rechtsnormen wie für diesen selbst gelten, wenn nicht, als Ausnahme, ausdrücklich eine abweichende Bestimmung, die in einer Beschränkung des entgangenen Gewinns zu erblicken wäre, getroffen ist. Eine solche läßt sich jedoch im Gesetz nicht finden, insbesondere läßt der § 252 Satz 2 nichts davon erkennen, daß der entgangene Gewinn anderen Rechtsnormen unterliegen soll als der ihm übergeordnete Schadensbegriff. Vielmehr entspricht es durchaus den soeben angestellten gedanklichen Erwägungen, wenn man in der Gesetzesstelle die Aufstellung einer Beweisvermutung für den Eintritt des Gewinns sieht, die dann gegeben ist, wenn die Wahrscheinlichkeit des Gewinns nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen, speziell für den vorliegenden Fall sprechenden Umständen dargetan ist, die der Ersatzpflichtige durch Führung des Gegenbeweises zu zerstören hat. Die Beweisvermutung geht von der natürlichen Erwägung aus, daß jeder Mensch im allgemeinen versuchen wird, sein Vermögen zu vermehren oder, wie das Gesetz sagt, einen Gewinn zu machen; wenn in einem Falle diese Regel nicht zutrifft, so handelt es sich um eine Ausnahme, deren Vorliegen dazutun billigerweise dem für den Schaden Verantwortlichen überlassen bleiben muß. Dem steht auch nicht die Lehre vom Kausalzusammenhang entgegen, wie die Gegner der Theorie von der Beweiserleichterung oftmals anführen. Die Widerlegung dieses Einwandes ergibt sich aus den Ausführungen im I. Teil über den Kausalzusammenhang. Es ist hierbei der Schaden als Ganzes zu betrachten, von dem der entgangene Gewinn ein Bestandteil ist. Haftbar für den Schaden ist, wer ihn verschuldet hat, wer die im Sinne der adäquaten Kausalität den Schaden verursachende Handlung zu vertreten hat. Daß er auch für die Folgen der von ihm zu vertretenden Handlung einstehen muß, ergibt sich aus der rechtlichen Struktur des Schadensbegriffes; eine Voraussehbarkeit der Folgen wird daher vom Gesetz nicht erfordert, es könnte sie auch gar nicht fordern, ohne die Grundsätze der Lehre vom Schadensersatz zu durchbrechen. Denn es kommt nicht darauf an, ob der Schadensersatzpflichtige bestimmte Folgen seines Verhaltens voraussehen konnte, sondern

nur darauf, ob er das den Schaden herbeiführende Ereignis zu vertreten hat; adäquater Kausalzusammenhang ist nicht gleichbedeutend mit Voraussehbarkeit des Kausalzusammenhangs. Dieser bezieht sich beim entgangenen Gewinn auf die Feststellung, daß ein Gewinn, der gemacht werden konnte, ohne das schädigende Ereignis auch gemacht worden wäre. Diese Ansicht wird durchweg von der Praxis und dem größeren Teile der wissenschaftlichen Literatur vertreten. Es würde m. E. zu einem begrifflich nicht haltbaren Ergebnis führen, wenn man entgegen dem Grundgedanken des Gesetzes, das die völlige Ausgleichung des ganzen verursachten Schadens ohne Einschränkung vorschreibt, einen Teil des Schadens von dieser Vorschrift ausnehmen und auf die Voraussehbarkeit beschränken wollte. Hiermit würde für den Begriff der Haftung ein neuer Gesichtspunkt geschaffen, der auch nicht dadurch gerechtfertigt wird, daß nach der hier vertretenen Ansicht uferlosen Ersatzansprüchen Raum gegeben sein könnte. Denn die Geltendmachung von zu weit gehenden Ansprüchen auf entgangenen Gewinn ist ohne weiteres dadurch ausgeschlossen, daß solchem Vorbringen durch die Anwendung des Kausalzusammenhangs im Rahmen von § 249 eine Grenze gezogen wird; hieraus folgt von selbst eine Einschränkung der Ersatzpflicht im Interesse desjenigen, der für den Schaden verantwortlich ist.

Auch ist kein Grund einzusehen, warum gegenüber dem leichtverständlichen und dem natürlichen Empfinden entsprechenden Begriff des Sprachgebrauches ein besonderer gesetzestechnischer juristischer Begriff des entgangenen Gewinns aufgestellt werden soll, der in einer gesetzlichen Definition im Sinne der materiellrechtlichen Auffassung zu erblicken ist, da weder die Grundgesetze der Lehre vom Schaden und Schadensersatz eine solche Besonderheit erfordern noch der gewöhnliche Sprachbegriff des entgangenen Gewinns eine Unklarheit enthält.

Wenn man den § 252 Satz 2 unter diesen Gesichtspunkten betrachtet, kann man nur zu einer Ablehnung der materiellrechtlichen Auffassung gelangen. Unter Berücksichtigung der Grundgedanken, die die Lehre vom Schaden und Schadensersatz erfüllen, ist eine Auslegung des § 252 Satz 2 im Sinne einer Einschränkung nicht denkbar. Das Gesetz verlangt zum Nachweis eines Gewinnverlustes, daß ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit dafür spricht; es hält sich damit im Rahmen allgemeiner Lebenserfahrung. Seine Aufgabe sieht es darin, in dieser oftmals schwer zu überblickenden Materie der Entscheidung die Wege zu ebnen und zu einem billigen Ergebnis zu führen. Diese Auffassung findet ihren Niederschlag in der Theorie der Beweiserleichterung, die daher in Übereinstimmung mit der Praxis und herrschenden Meinung sowie mit den vorstehenden Ausführungen als zutreffend anzusehen ist.

4. Abschnitt: Der Zeitpunkt für die Berechnung des Ersatzes.

Bereits im vorhergehenden Abschnitt[1]) war die Frage der Berechnung des entgangenen Gewinns berührt worden, und dabei wurde die Berechnung darauf abgestellt, daß ihr der Verlust zugrundezulegen sei, der durch die Einwirkung des schädigenden Ereignisses auf das Vermögen des Geschädigten entstanden ist. Ihr Zweck ist, die Höhe des zugefügten Verlustes festzustellen. Das Ergebnis beruht einerseits auf den positiv zu treffenden Feststellungen, andrerseits auf den Feststellungen, die nach Lage der Dinge anzunehmen sind. Auch hier greift der § 252 Satz 2 helfend ein; für zweifelhafte Fälle ist ein Anhalt gegeben, so daß im Rahmen der Wahrscheinlichkeit eine Feststellung der Höhe des Gewinns ermöglicht wird, da sonst der ganze Anspruch zu ungewiß wäre. Eine Verschiedenheit, die die Höhe des Ersatzes empfindlich beeinflussen kann, ergibt sich aber aus der Streitfrage, welcher Zeitpunkt der Schadensberechnung zugrunde zu legen ist. Den Grund zu dieser Streitfrage gibt die verschiedenartige Auslegung des § 252 Satz 2 im Sinne der materiellrechtlichen Auffassung und im Sinne der Theorie von der Beweiserleichterung. Zur Klärung dieses Punktes können wir also auf die oben gemachten Ausführungen zurückgreifen. Die materiellrechtliche Auffassung vertritt bekanntlich den Standpunkt, daß nur derjenige Gewinn als entgangen zu ersetzen sei, der im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses hätte vorausgesehen werden können; alle Tatsachen, die sich später abspielen, kommen für einen Ersatz nicht mehr in Frage. Ganz folgerichtig wird demnach dieser Zeitpunkt als maßgebend auch für die Berechnung des zu ersetzenden Gewinns von den Vertretern dieser Auffassung angenommen. Wir indessen können diesen Standpunkt nicht teilen, was aus der Theorie der Beweiserleichterung folgt. Die Wahrscheinlichkeit des Gewinns braucht nicht schon beim Eintritt der Schadensursache bestanden zu haben; es genügt, wenn damals nur die Gewinnquelle erschlossen war.[2]) Denn ebenso wie für den Nachweis einer Gewinneinbuße sämtliche, auch die dem schädigenden Ereignis nachfolgenden Tatsachen herangezogen werden, so müssen diese auch bei der Berechnung berücksichtigt werden. Die Zeit, nach der der Schaden berechnet wird, ist daher nicht nur der Augenblick des Eintritts der Schadensursache, sondern auch die nachfolgenden Wirkungen müssen hierfür in Betracht gezogen werden, so daß der ganze Schadensverlauf abzuwarten ist.[3]) Diese Folgerung können wir ohne weiteres aus dem Grundsatz der Naturalrestitution ziehen, dessen Ziel die Herstellung des früheren Zustandes ist; daraus ergibt sich als maßgeb

---

[1]) S. 36.
[2]) Planck, Anm. 2 a zu § 252.
[3]) Ebenso Endemann S. 726. Vgl. auch die Ausführungen von Rümelin im ArchZivPr. Bd. 90, S. 253 ff.

licher Zeitpunkt derjenige, in dem der frühere Zustand hergestellt wird.[4]) Denn auch der Schadensersatz soll ja den Geschädigten in diejenige rechtliche Lage versetzen, in der er sich ohne die Schädigung befunden haben würde. Die Prüfung der wirtschaftlichen Lage zwingt aber zur Berücksichtigung aller Tatsachen und Einwirkungen, die die Lage des Geschädigten beeinflussen. Ihre Auswirkung zeigt sich nicht immer schon zur Zeit der Schadenszufügung: oftmals ergibt sich in der nachfolgenden Zeit durch Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse ein gänzlich anderes Bild, das im Zeitpunkt der Schädigung nicht vorauszusehen war und erst mit dem Zeitpunkt der Herstellung des früheren Zustandes als abgeschlossen gelten kann. Dieser Zeitpunkt ist der, auf den sich das zu fällende Urteil gründet; denn in ihm ist das Ergebnis der Prüfung aller Umstände, die den Gang der Entwicklung beeinflußen, zusammengefaßt.

III. Teil.

Folgerungen aus dem Begriff für den Gewinnersatz.

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß sich alle Streitfragen und alle Begründungen letzten Endes auf einen gemeinsamen Generalnenner bringen lassen, den der Grundsatz der Naturalrestitution verkörpert. Daraus geht die ungeheure Tragweite dieser im § 249 fixierten Gesetzesvorschrift deutlich hervor. Wenn auch der Wortlaut des Gesetzes selbst kaum praktische Bedeutung hat, da er dem § 251 gegenüber die Ausnahme bildet, so zeigen doch die aufgedeckten gedanklichen Zusammenhänge und Relationen, welche Bedeutung und Wichtigkeit dem § 249 im Hinblick auf eine folgerichtige Entwicklung einzelner Teile der Lehre vom Schaden und Schadensersatz beizumessen ist und wie die Einheitlichkeit dieser Lehre dadurch gefördert wird. Daß der entgangene Gewinn hiervon keine Ausnahme bildet, sondern sich in seinem Aufbau auf der gleichen Linie bewegt, haben die bisherigen Darstellungen erwiesen. Nachdem diese Grundlage nunmehr geschaffen ist, können wir uns den Folgerungen zuwenden, die sich im Rahmen des Schadensersatzes für einen entgangenen Gewinn ergeben.

1. Abschnitt: Mitwirkendes Verschulden und Vorteilsausgleichung beim entgangenen Gewinn.

Nach der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang ist die Schadenshaftung beschränkt auf die Haftung für die den Schaden adäquat verursachende Handlung. Diese Handlung kann von dritter Seite, sie kann aber auch vom Geschädigten selbst herbeigeführt und zu vertreten sein. Die Haftung kann aber noch weiter eingeschränkt werden insofern, als trotz vorhandenem

[4]) Ähnlich RG. in LZ. 21, Sp. 341 und HansRZ. 23, S. 769.

adäquaten Kausalzusammenhang, der zwischen der Handlung eines Dritten und dem verursachten Schaden besteht, das Verhalten des Geschädigten geeignet sein kann, seinen Ersatzanspruch zu verringern oder gar auszuschließen. Das Gesetz (§ 254 BGB.) spricht von einem mitwirkenden Verschulden (culpa concurrens) des Beschädigten. Ein Verschulden im eigentlichen Sinne wird dabei nicht erfordert; unter Verschulden ist in diesem Zusammenhang ein ordnungs- und regelwidriges Verhalten zu verstehen, bei dem die Sorgfalt und Aufmerksamkeit außer Acht gelassen ist, die nach Lage der Dinge jedem ordentlichen und verständigen Menschen normalerweise obliegt, um Schaden zu verhüten. Das Gesetz mißbilligt durch diese Einschränkung ein nachlässiges Verhalten des Beschädigten gegenüber der verursachten Schädigung und legt ihm, wenn auch keine Rechtspflicht, so doch die moralische Verpflichtung auf, zur Abwehr oder Minderung eines Schadens beizutragen, widrigenfalls er auf einen vollen Ersatz des ganzen Schadens nicht rechnen kann. Das Verhalten des Geschädigten, das in einem Tun oder relevanten Unterlassen bestehen kann, muß sich während der Entwicklung des Schadens mit Rücksicht auf diesen als ungünstig gezeigt haben und eine von mehreren Ursachen (Bedingungen) sein, die zu dem eingetretenen Erfolge im Sinne der adäquaten Verursachung zusammengewirkt haben, damit dadurch eine Beschränkung der seitens des Schädigers zu leistenden Haftung ausgelöst wird. Von den drei im Gesetz aufgeführten Fällen schuldhaften Verhaltens seitens des Beschädigten: vorwiegendes Verursachen des Schadens, schuldhaft verursachte Unkenntnis des Ersatzpflichtigen über die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens und schuldhaftes Unterlassen einer Abwendung oder Minderung des Schadens, wird uns besonders der letzte Fall beschäftigen. Das vorher Gesagte gilt natürlich in vollem Umfange auch für den entgangenen Gewinn. Was die Entwicklung des Schadens anbelangt, so haben wir festgestellt, daß der maßgebende Zeitpunkt für die endgültige Schadensberechnung der ist, in dem das Urteil gefällt wird; denn dann erst sind die Folgen der schädigenden Handlung abgeschlossen. Bis dahin müssen alle für und wider die Ersatzpflicht sprechenden Momente berücksichtigt werden. Dazu gehört auch ein etwaiges schuldhaftes Verhalten des Geschädigten, da dieses eine Minderung oder Abwendung des Schadens vereiteln kann. Besonders ist hier der Fall zu berücksichtigen und bei Bemessung der Schadensersatzpflicht in Betracht zu ziehen, daß der Geschädigte es unterlassen hat, sich um eine Minderung oder Abwendung des Schadens zu bemühen und dafür tätig zu werden. Selbst wenn anfangs ein Gewinnverlust eingetreten ist, so besteht doch oftmals bis zur Urteilsfällung noch die Möglichkeit, durch entsprechende vom Geschädigten vorzunehmende Maßnahmen diesen Gewinn wieder zu erzielen. Besonders kommen praktisch die Fälle der Unter

lassung eines Deckungskaufes in Betracht; wenn der nicht belieferte Käufer die Möglichkeit hat, es aber unterläßt, anstelle der zu liefernden Ware andere Ware, vielleicht sogar zu demselben Preis, zu bekommen, so daß er sie mit Gewinn hätte weiter verkaufen können, so trifft ihn die Schuld dafür, daß er einen Gewinnverlust erlitten hat. Diese Regelung steht durchaus im Einklang mit der Theorie der Beweiserleichterung; denn der Beschädigte hat hiernach die Pflicht, jede mögliche und annehmbare Maßregel zu ergreifen, die den Schaden abwenden oder abschwächen kann, so daß in der Folgezeit ein Gewinn doch noch gemacht wird oder sein Verlust doch weniger groß ist. Die Beweislast ist den Grundsätzen über den prima facie-Beweis zu entnehmen. Schwieriger dürfte dieses durchaus billige Ergebnis vom Standpunkte der materiellrechtlichen Auffassung zu begründen sein; denn dort ist der Zeitpunkt der Schadensberechnung von der Vorhersehbarkeit des Erfolges abhängig, und die später folgenden Wirkungen bleiben unberücksichtigt. Zu den Wirkungen gehören aber, wie wir eben gesehen haben, auch die gegen eine Ersatzpflicht sprechenden Momente eines Schadens, so daß sie danach ausgeschlossen wären. Dies würde indessen der ausdrücklichen Vorschrift des § 254 Absatz 2 widersprechen, so daß eine unmittelbare Anwendung dieser Gesetzesbestimmung nur vom Standpunkt der Theorie der Beweiserleichterung aus möglich ist. Auch dürfte ein Ergebnis, wonach der Beschädigte, der seinen Gewinnverlust trotz der Möglichkeit, es zu tun, nicht abgewendet hat, den Gewinn als entgangen ansehen und ihn daher ersetzt verlangen könnte, kaum der Billigkeit entsprechen. Diese Folgerung wird daher auch nicht von den Vertretern der materiellrechtlichen Auffassung gezogen, sondern sie entscheiden gemäß der Gesetzesvorschrift, wiewohl sich hierbei, was kaum zu bestreiten sein dürfte, ein gewisser innerer Widerspruch ergibt. Hingegen deckt sich, was die inneren Gründe anbelangt, die Auslegung des § 254 durchaus mit der Auslegung des § 252 Satz 2 im Sinne der Theorie der Beweiserleichterung. Die Gesetzesbestimmung ist letzten Endes wiederum ein Ausfluß des Grundsatzes der Naturalrestitution; denn die Ersatzpflicht entspricht der Einbuße, wie sie unter billiger Berücksichtigung der vom Ersatzpflichtigen zu vertretenden Schadensursache, vermindert um die Folgen eines vom Verletzten zu vertretenden schuldhaften Verhaltens, anzunehmen ist. Aus einer solchen Berechnung ergibt sich ein Zustand, wie er bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Ähnlich verhält es sich mit der Vorteilsausgleichung. Die darüber bestehenden Streitfragen sind leicht zu lösen, wenn das Prinzip der Naturalrestitution und die Theorie der adäquaten Verursachung als Grundlage der Auslegung zur Anwendung kommen. Wir müssen uns hier indessen darauf beschränken, die Wirkung der Vorteilsausgleichung auf den entgangenen Ge-

winn zu erörtern. Der Verletzte soll insoweit entschädigt werden, daß er nicht ärmer und nicht reicher gemacht wird, als er ohne die schädliche Handlung gewesen wäre.[1]) Die Ersatzpflicht kann daher nicht weiter ausgedehnt werden, als Schaden tatsächlich entstanden ist. Es kann der Fall eintreten, daß eine Handlung wohl einen Schaden herbeigeführt hat; durch diesen Umstand kann sich aber auch ein Vorteil zugunsten des Geschädigten ergeben oder ergeben haben, so daß einerseits ein Verlust, andererseits ein Zugang für das Vermögen entstanden ist, deren Ursprung auf die gleichen Ereignisse zurückgeht. Diese beiden Tatsachen müssen gegeneinander ausgeglichen werden. Den Schaden bildet das Nettoergebnis der Schadensursache.[2]) Beispielsweise kann einem Kaufmann bei Nichtlieferung von Ware der Verdienst, ein Gewinn, entgangen sein, den er durch Weiterverkauf erzielt hätte; gleichzeitig kann er aber durch die Nichtlieferung einen Vorteil gezogen haben, in dem etwa besonders hohe Unkosten, Lagergeld und dgl. in Fortfall kommen, die seinen Verdienst an den Weiterverkauf beträchtlich vermindert hätten. Diesen Vorteil muß sich der Beschädigte auf den erlittenen Schaden anrechnen lassen.[3]) Die Schadensbemessung ergibt hier wiederum eine Beschränkung der Ersatzpflicht. Zu berücksichtigen ist dabei nur, daß die ursächliche Handlung adäquat kausal zu dem entstandenen Vorteil sein muß; das ursächliche Ereignis braucht allerdings nicht ein und dasselbe zu sein, sondern es genügt, wenn es mehrere Ereignisse sind, die untereinander in adäquatem Zusammenhang stehen. Das Erfordernis der Gleichzeitigkeit und der Einheit der Verursachung braucht also nicht zu eng gefaßt zu werden.[4]) Mithin kommt es auf die Umstände des Falles und das wirtschaftliche Ergebnis an, das nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu beurteilen ist. Diese Regelung entspricht durchaus der Billigkeit; der Verletzte wird wirtschaftlich in die Lage versetzt, in der er sich ohne die Schadenstatsache befunden haben würde. Dadurch tritt die Wirkung ein, daß ein Gewinn nie in höherem Maße als entgangen angesehen werden kann, als ein Verlust im Endergebnis tatsächlich entstanden ist.

2. Abschnitt: **Umfang des Ersatzes.**

Ein entgangener Gewinn ist von demjenigen, der den Verlust verursacht und die Ursache zu vertreten hat, zu ersetzen. Der Umfang des Ersatzes bemißt sich nach Umfang und Art der Schadensberechnung. Die Berechnung umfaßt, wie die Darstellungen in den vorhergehenden Abschnitten[5]) gezeigt haben, die

---

[1]) Vgl. Fischer S. 219.
[2]) Crome, Bd. II, S. 77.
[3]) Vgl. dazu den Aufsatz in der Zeitschrift für Handelswissenschaft und Handelspraxis, 10. Jahrg. 1917, Heft 7—9, S. 155 ff.
[4]) Ebenso Staudinger und RGRKom., Vorbem. zu §§ 249—255.
[5]) Vgl. S. 38 und 39.

Höhe des Verlustes, um den das Vermögen des Verletzten durch die verursachte Schädigung geschmälert ist, abzüglich der Einschränkungen, die sich unter Umständen durch mitwirkendes Verschulden des Verletzten [2]) und durch Vorteilsausgleichung [3]) ergeben. Es bedarf dazu der Würdigung aller Einzeltatsachen, die sich aus dem schädlichen Ereignis entwickeln; das Tatsachenergebnis unterliegt der freien Beweiswürdigung des Richters nach § 287 ZPO., der aus den einzelnen Faktoren unter Würdigung aller Umstände den Umfang des Schadens feststellen muß. Für die Art der Schadensberechnung sind die konkrete und die abstrakte Schadensberechnung zu unterscheiden; für beide ist die Grundlage der § 252 Satz 2. Wird ein Schaden nach den besonderen Umständen, die auf ein wahrscheinliches Erzielen eines Gewinns schließen lassen, berechnet, so erfolgt die Berechnung konkret, indem auf Grund einzeln aufzuführender Tatsachen der Nachweis erbracht wird, daß auf einen bestimmten Gewinn wahrscheinlich gerechnet werden konnte. Die abstrakte Berechnung wird darauf gestützt, daß nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge wahrscheinlich ein Gewinn gemacht worden wäre, indem sich auf Grund allgemeiner Tatsachen „bei verständiger, objektiver Würdigung der Sachlage" [4]) der Nachweis rechtfertigen läßt, daß ein Gewinn wahrscheinlich erwartet werden konnte; ein in allen Einzelheiten genau bestimmter Nachweis braucht dabei nicht geführt zu werden. Die abstrakte Berechnung beruht auf dem Gedanken, daß der Nachweis des Schadens erleichtert werden soll, weil er sich nicht mit absoluter Sicherheit erbringen läßt und auf Unterstellung größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit angewiesen ist. [5]) Beispielsweise liegt konkrete Schadensberechnung vor bei einem wirklich abgeschlossenen Deckungsgeschäft, dagegen abstrakte, wenn sie ohne Anlehnung an ein solches erfolgt. Die abstrakte Schadensberechnung beschränkt sich im wesentlichen auf Ersatzansprüche von Kaufleuten und findet namentlich dann Anwendung, wenn auf Grund der §§ 325, 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird und ein Börsen- oder Marktpreis als Maßstab dienen kann. So kann sich der Käufer einer Ware darauf berufen, daß er im Falle der Lieferung in der Lage gewesen wäre, sie zum Marktpreise weiter zu verkaufen, so daß er durch den Verdienst des Unterschiedes zwischen Einkaufs- und Marktpreis einen Gewinn erzielt haben würde, der ihm durch die Nichtlieferung entgangen sei. Der Verkäufer einer Ware kann sich auf den Standpunkt stellen, daß er den Unterschied zwischen dem Preise, zu dem er die Ware hätte einkaufen können, und dem höheren Verkaufspreis verdient hätte, wenn der vertragsbrüchige Käufer die Ware abgenommen

[2]) Vgl. S. 41.
[3]) Vgl. S. 42 f.
[4]) RG. 68, S. 165.
[5]) RG. 100, S. 113.

hätte, so daß er diesen Gewinn eingebüßt habe; wenn im gleichen Falle der Verkäufer die Ware tatsächlich schon eingekauft hat, so ist die darauf erfolgende Schadensberechnung konkret. Ähnlich wird die Berechnung bei Waren, die keinen Markt- oder Börsenpreis haben, geführt, indem die Tatsache, daß sie Gegenstand des Handelsverkehrs sind, als genügend angesehen wird, um bis zum Beweise des Gegenteils die Annahme zu rechtfertigen, daß sie jederzeit verkäuflich seien; dem Marktpreis entspricht in diesem Falle der Verkäuflichkeitswert.[6]) Allerdings ist der abstrakten Berechnungsart durch § 252 Satz 2 auf Grund der Wahrscheinlichkeitsbestimmung eine Grenze gezogen, so daß als Voraussetzung für die Zulassung der abstrakten Schadensberechnung im allgemeinen der Nachweis gefordert werden muß, daß die Absicht zur Weiterveräußerung bestand.[7]) Daher erklärt sich auch die Beschränkung dieser Berechnungsart auf Kaufleute;[8]) denn hier ist prima facie die Vermutung gerechtfertigt, daß jederzeit eine Absatzmöglichkeit besteht, so daß es eines solchen Nachweises nicht bedürfen wird, während das Vorliegen gleicher Verhältnisse im gewöhnlichen Leben außerhalb des Handelsverkehrs erst durch den Nachweis „besonderer Umstände" wird gerechtfertigt werden müssen, die Berechnung also meist nur konkret erfolgen kann.

Einer Streitfrage, die auf das alte Recht zurückgeht, sei noch kurz Erwähnung getan; es handelt sich um die Frage, ob der Geschädigte bereits einen Rechtsanspruch auf den Gewinn haben muß, um Ersatz verlangen zu können, oder ob die Tatsache der Gewinneinbuße als solche genügt. Die Entscheidung zugunsten der letzteren Ansicht ergibt sich einmal aus dem Grundsatz, daß der ganze verursachte Schaden ohne Einschränkung zu ersetzen ist, zum anderen beweisen es die oben[9]) dargelegten Ausführungen über den Umfang des Vermögensbegriffs, wonach die Möglichkeit, einen Gewinn zu erzielen, als Vermögensbestandteil anzusehen ist. Auch läßt das Gesetz keinen Unterschied erkennen, ob ein Recht auf den Gewinn bestehen mußte oder ob der Gewinnentgang nur tatsächlicher Natur ist[10]).

Vom Ersatz ausgeschlossen ist ein Gewinn, der nur auf gesetzwidrige Weise erlangt werden konnte; denn es würde dem Rechtsbegriff widersprechen, wenn die Einbuße eines solchen Vorteils einen Schadensersatzanspruch überhaupt auch nur auslösen würde.[11]) Diese Ansicht ist auch durch die Vorschrift des § 249 gerechtfertigt.

---

[6]) RG. 68, S. 165.
[7]) Vgl. hierzu die Entscheidungen in RG. 99, S. 49 und RG. 105, S. 285,
[8]) Vgl. jedoch dazu OLG. 36, S. 26.
[9]) S. 19.
[10]) Vgl. SeuffArch. 72, S. 6.
[11]) Vgl. dazu JW. 02, Beil. S. 283, Nr. 237.

In diesem Zusammenhang interessiert die Frage, ob aus Spekulation ein entgangener Gewinn geltend gemacht werden kann. Das Reichsgericht hat die Möglichkeit grundsätzlich zugelassen[12]), wenn, abgesehen von einem gewerbsmäßigen Spekulanten, die Absicht, zu spekulieren, rechtzeitig vorher mitgeteilt worden ist. In dem erwähnten Fall wird Verzugsschaden wegen verspäteter Auszahlung einer Mitgift geltend gemacht und der Anspruch darauf gestützt, daß mit dem Gelde gewinnbringende Effekten hätten angeschafft werden sollen. Hiergegen wird geltend gemacht[13]), daß dadurch ohne jedes Risiko Spekulationsgewinne erzielt werden könnten. „Steigen die Papiere, so verlangt der Verletzte den Wert der Papiere, fallen sie, dann verlangt er den Betrag der Forderung nebst Zinsen." Außerdem sei es „direkt unbeweisbar, daß nicht gemachte Spekulationen getätigt worden wären". Es liegt gerade, wie weiter ausgeführt wird, im Wesen der Spekulation, daß keine Absicht der Ausführung eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich habe. Daraus ergibt sich aber m. E. nicht das Gegenteil; prima facie besteht die Vermutung, daß die Behauptung des Verletzten gerechtfertigt ist. Diese muß der Ersatzpflichtige durch Führung des Gegenbeweises entkräften; der Gegenbeweis kann aber nicht einfach durch Bestreiten geführt werden. Solange der Gegenbeweis nicht durch wirkliche, konkrete Tatsachen erbracht ist, sondern das Gegenteil nur als möglich hingestellt wird, besteht eben eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die beabsichtigte Ausführung einer Spekulation und für einen dadurch zu erzielenden Gewinn. Der angezogene Fall wird ferner dahin gedeutet, daß der Anspruch unredlich sei. „Redlich denkende Menschen verfahren nicht mit einer Mitgift in der Weise", daß sie als Einschuß dafür verwandt wird, um für den doppelten Betrag zu spekulieren. Demgegenüber ist festzustellen, daß Spekulation mit einer Mitgift lediglich von der normalen Verwendung einer Mitgift abweicht und aus dem Rahmen des im gewöhnlichen Leben Üblichen herausfällt; daher erachtet auch das Reichsgericht eine rechtzeitige vorherige Mitteilung der Spekulationsabsicht für erforderlich, und zwar mit Recht, da eine solche Verwendung der Mitgift nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht. Darin liegt aber keine Gesetzwidrigkeit, der Anspruch kann daher, wenn auch als regelwidrig oder ungewöhnlich, so doch nicht als unredlich und daher als gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßend angesehen werden. Wenn dem Geschädigten durch Verzug des Ersatzpflichtigen die Möglichkeit geboten ist, entweder, im günstigen Falle, den Wert der Papiere ersetzt zu verlangen oder, ungünstigenfalls, den Betrag der Forderung, so hat sich dies der Ersatzpflichtige selbst zuzuschreiben; der Ver-

[12]) RG. in JW. 1929, S. 2508 und Dtsch. Richterzeitung 29, Heft 7, Nr. 625.

[13]) In JW. 1930, S. 991, Anm. zu 10. B.

letzte hat die Wahl, zu fordern, was ihm günstiger erscheint. Diese Vergünstigung rechtfertigt sich aus den §§ 286, 287 BGB.,[14]) wonach der Schuldner für die Folgen seines Verzuges einzustehen hat.

Im übrigen muß die Feststellung, in welchem Umfange und in welcher Höhe ein entgangener Gewinn zu ersetzen ist, der richterlichen Entscheidung überlassen bleiben. Wenn auch die Natur der Sache erhebliche Schwierigkeiten bedingt, so ist doch durch die Gesetzesbestimmungen des § 252 BGB. in Verbindung mit § 287 ZPO. die Möglichkeit geschaffen, um in jedem Falle eine der Billigkeit und den heutigen Rechtsanschauungen entsprechende Beurteilung zu gewährleisten.

---

[14]) Ähnlich RG. 90, S. 425.

Lebenslauf.

Am 10. Oktober 1905 wurde ich zu Demmin i. Pommern als Sohn des damaligen Amtsrichters, jetzigen Landgerichtspräsidenten Hans Lerche in Bartenstein i. Ostpr., geboren. In Breslau besuchte ich das Elisabeth-Gymnasium, wo ich Ostern 1924 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte in Breslau und Königsberg i. Pr. je vier Semester Rechtswissenschaft und bestand am 4. Dezember 1929 die erste juristische Staatsprüfung in Königsberg i. Pr. Am 29. Juli 1930 bestand ich in Breslau die mündliche Doktorprüfung.